الجمهورية العراقية
وزارة الأوقاف والشؤون الدينية
إحياء التراث الإسلامي

(٦٢)

كتاب
أدب القضاء

تأليف
القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله
الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي
المتوفى ٦٤٢هـ

تحقيق ودراسة بقلم
الدكتور محيي هلال السرحان

الكتاب الثاني والستون

« الجزء الأول »

الطبعة الاولى

مطبعة الارشاد ـ بغداد
١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما

« صدق الله العظيم »

الكتاب رسالة في الفقه المقارن قدمت الى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، ونوقشت في الساعة الرابعة من بعد ظهر يوم الخميس ١٣ رجب ١٤٠٢هـ ، الموافق ١٩٨٢/٥/٦ في قاعة الامام محمد عبده في الكلية ، وكانت لجنة المناقشة قد تألفت من :

الدكتور محمد مصطفى شحاتة (الأستاذ المتفرغ في الكلية وأحد أعضاء لجنة الفتوى بالأزهر ، والمشرف على الرسالة) مقرر اللجنة .

الدكتور رمضان حافظ عبدالرحمن (الأستاذ المتفرغ في الكلية ورئيس قسم أصول الفقه فيها) عضوا .

الدكتور محمد الحسيني (الأستاذ ورئيس قسم الشريعة في كلية الآداب بجامعة عين شمس) عضوا .

ومنحت شهادة الدكتوراه بمرتبة الشرف الأولى .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الانبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ، رضوان الله تعالى عليهم أجمعين •

وبعـد :

فان التراث العربي الاسلامي يحفل بروائع فريدة من النظم والتشريعات ، تصور ما فيه من الأصالة والنضج والتقدم الفكري والحضاري •

ولكن قسما كبيرا من ذلك التراث ما يزال مخبيا في خزائن المخطوطات ، ودور الكتب في جهات الدنيا ، تهددها أيدي الفناء والاندراس ، لم تر نور الحياة بالطباعة ، وما أشد حاجتنا الى أحياء ذلك التراث ونشره على أسس علمية حديثة ، ودراسته دراسة تظهر ما فيه من الجوانب المشرقة التي تخدم الانسانية ، وتنير لها طريقها اللاحب •

وكتاب (أدب القضاء) الذي ألفه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن علي بن محمد بن فاتك الهمداني الحموي الشافعي المعروف بابن أبي الدم (المولود سنة ٥٨٣هـ = ١١٨٧م ، والمتوفى سنة ٦٤٢هـ = ١٢٤٤م) يعد من غرر العلم القضائي ، ألفه في حقبة من الدهر عصيبة ، لا نعلم ، أو لا نكاد نعلم عنها شيئا ، اذ أحاطت بأمتنا فيها أيادي الغدر من المشرق على يد أعدائها ، وآخرهم هولاكو الذي

بدأ بالمسير الى بغداد ، ومن المغرب على يد الغزاة الصليبيين الذين وضعوا أقدامهم على شواطىء البحر المتوسط •

في هذه الظروف وفي هذه المحن وضع المؤلف كتابه هذا ، وهو عربي صميم ، مما يدل على مقدرة الفكر العربي الاسلامي على الابداع في أحلك الظروف •

صور لنا هذا الكتاب الأبعاد الفكرية لنظرية الدعوى والاثبات والحكم في ظل النظام القضائي في الاسلام ، من وجهة نظر المذهب الشافعي ، ومن خلال فهم قاض مارس القضاء كثيرا ، واكتسب الخبرة به •

تلك الأبعاد التي تعتبر أساسا لكثير من النظريات الحديثة في أصول المرافعات ، لا تزال حية ، تعيش في واقعنا الحديث •

كما صور لنا واقع النظام القضائي آنذاك ، تصويرا يعتبر وثيقة تاريخية تعكس للعالم العمق الحضاري لتراث أمتنا المجيدة •

ومن هنا تبدو أهمية هذا الكتاب ، فضلا عن أهميته بالنسبة للفقه الشافعي ، اذ سجل تطور التشريع القضائي في ذلك الفقه ، بجمعه لآراء علماء كثيرين تضاف أعمالهم الى سجل التراث الفكري الانساني ، في التقاضي ، والاثبات ، والحكم •

لكل ذلك اخترت هذا الكتاب (تحقيقا ودراسة) ليكون مادة لرسالتي لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف باشراف الشيخ الدكتور محمد مصطفى شحاتة الأستاذ المتفرغ في الكلية •

وقد ضمت هذه الرسالة قسمين كبيرين :

القسم الاول :

المقدمة : وتحتوي أربعة أبواب :

الباب الاول :

(في مؤلف الكتاب) وفيه فصلان :

ضم الفصل الاول :

نبذة تاريخية عن عصر المؤلف بينت فيها حالة العصر السياسية والاجتماعية والثقافية بايجاز شديد ٠

أما الفصل الثانى :

فقد ضم ترجمة للمؤلف ، بينت فيها اسمه ونسبه ونسبته ، وولادته ، ثم حياته اجمالا ووظائفه التي شغلها ٠ وذكرت شيوخه الذين تتلمذ عليهم وتلاميذه الذين أخذوا عنه وبينت شيئا عن أخلاقه وصفاته التي تشهد بها المؤرخون وتعرضت لذكر أسرته ومكانته الاجتماعية ، كما تعرضت لمكانة ابن أبي الدم العلمية والأدبية ٠ ثم ذكرت مؤلفاته ، وجهدت في ذكر نسخها المخطوطة ، وختمت هذا الفصل بذكر تاريخ وفاته ٠

أما الباب الثانى :

فكان في كتاب (أدب القضاء) ضم ثلاثة فصول :

الفصل الاول :

في الكتب المؤلفة في أدب القضاء استعرضت فيه ما ألف من الكتب قبل المؤلف وبعده بحسب المذاهب الفقهية ٠

وبينت في الفصل الثاني :

حالة القضاء قبل عهد المؤلف وما تطور اليه في عهده ٠

أما الفصل الثالث :

فقد كان عن كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم بينت فيه اسم الكتاب ، وصحة نسبته الى المؤلف ، وسبب تأليفه ، وعرضت مادة الكتاب بصورة موجزة ، وبينت أهمية الكتاب بالنسبة للفقه القضائي الشافعي ، ثم رسمت صورة لمنهج المؤلف في كتابه ، ولم أغفل عن ذكر مصادر هذا الكتاب القيم ، وآثاره في ما تلاه من الكتب ، ووصف الأصول الخطية لهذا الكتاب التي اعتمدتها في التحقيق ، وما تتميز به كل نسخة • ثم ختمت هذا الفصل ببيان عملي في التحقيق ، والخطوات التي ارتسمتها والرموز التي اتخذتها ، وأعطيت نموذجا لبدايات النسخ الخطية ونهاياتها •

أما الباب الثالث :

فقد عقدته لدراسة بعض المسائل الواردة في هذا الكتاب ، درست فيها كيف يرسم القاضي شهابالدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الصورة لنظرية القضاء ، وكيف تكون الدعوى عنده ؟ وما هو رأيه في الأحكام التي يصدرها القاضي ؟ ومتى تنفذ ؟ ومتى تنقض ؟ •

وعلى ذلك وقع هذا الباب في أربعة فصول :

الفصل الاول :

في نظرية القضاء عند أبي الدم •

الفصل الثاني :

في الدعوى عند ابن أبي الدم •

الفصل الثالث :

في طرق الاثبات عند ابن أبي الدم •

الفصل الرابع :

في الأحكام التي يصدرها القاضي عند ابن أبي الدم ٠

اما الباب الرابع :

فقد عقدته لدراسات فقهية مقارنة لبعض المسائل الخلافية الواردة في هذا الكتاب ٠ وقد وقع في سبعة فصول :

الفصل الاول : قضاء المرأة ٠

الفصل الثاني : شرط الاجتهاد في القاضي ٠

الفصل الثالث : قضاء القاضي بعلمه ٠

الفصل الرابع : القضاء على الغائب ٠

الفصل الخامس : القضاء بالشاهد واليمين ٠

الفصل السادس : القضاء بالنكول ٠

الفصل السابع : هل يتغير الحكم في الحل والحرمة بحكم الحاكم ؟

القسم الثاني :

نص كتاب أدب القضاء ٠

وقد قمت فيه بتحقيق نص الكتاب وفق الطرق العلمية الحديثة في التحقيق ، بمقارنة النسخ المخطوطة فيما بينها وتثبيت فروق النسخ ، والتنبيه على التصحيفات التي يقع فيها النساخ ، والاجتهاد في معرفة نص المؤلف وعبارته ، وخدمة ذلك النص بشرح غريبه ، وتخريج أحاديثه ، وبيان مسائله المشكلة ، وترجمة اعلامه ومصطلحاته ، والاشارة الى مصادره بتوثيق نصوصه المنقولة عن غيره ممن تقدموه ، ما أمكن ذلك ، ومقارنة عبارات الكتاب بعبارات المؤلفين المتأخرين عن المؤلف الذين نقلوها

عنه في كتبهم ما أمكن ذلك أيضا ، ووضع عناوين رئيسية وفرعية للموضوعات والمسائل .

أرجو أن أكون قد وفقت في عملي هذا ، وأرجو الله أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم .

وفي ختام هذه الكلمة أتقدم بالشكر الجزيل للسادة أعضاء لجنة احياء التراث الاسلامي وعلى رأسهم السيد وزير الاوقاف والشؤون الدينية لنشرهم هذا الاثر النفيس ضمن سلسلتهم ، كما أشكر الاساتذة الذين أشرفوا على هذه الرسالة وناقشوها اذ لم يبخلوا عليّ بوقت ولا نصح والى سائر من ساعدني في ذلك من الأصدقاء والأساتذة .

وأرفع يدي الى الله مبتهلا اليه أن يهدينا الى ما فيه الخير ، لخدمة تشريعاته ، وللسير على هدى نبيه الكريم ، فان كنا قد أصبنا في عملنا فذلك تسديد منه ورحمة ، وان كنا قد سهونا أو أخطأنا فحسبنا انه هو العفو الغفور .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

محيي هلال السرحان
بغداد في ٢٩ ربيع الاول ١٤٠٤هـ
٢ـ١ـ١٩٨٤م

الباب الأول

في مؤلف الكتاب

يضم هذا الباب فصلين

الفصل الأول : نبذة تاريخية عن عصر المؤلف

الفصل الثاني : المؤلف

الفصل الأول

نبذة تاريخية مختصرة عن عصر المؤلف

٥٨٣هـ ـ ٦٤٢هـ

١١٨٧م ـ ١٢٤٤م

وحالته السياسية والاجتماعية والثقافية

شهدت الحقبة الزمنية التي عاش فيها القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي الشافعي المعروف بابن أبي الدم (٥٨٣هـ ـ ٦٤٢هـ) حوادث جمة ، وتقلبات دامية .

ففضلا عن اضطراب الحياة السياسية والفتن التي نشبت في المشرق بين الدويلات الكثيرة آنذاك ، وانعكاس ذلك على الحياة الاجتماعية كانت جيوش الافرنج قد دخلت الشام ومصر ، فتضافرت قوى المسلمين لأجلائهم ، وكان للأيوبيين دور كبير في رد هجماتهم ، لكن الأيوبيين ما لبث أمرهم الا قليلا حتى دبت بينهم عقارب الفتنة بعد وفاة صلاح الدين (سنة ٥٨٩هـ) فتفرق أولاده وأصحابه أيادي سبأ ، وتمزقوا[1] ،

---

(١) هذه عبارة الذهبي في كتابه (سير أعلام النبلاء) في ترجمة صلاح الدين وبنيه ضمن الترجمة رقم ١٤٧ من الجزء ٢١ منه بتحقيقنا بالاشتراك مع العلامة الدكتور بشار عواد معروف (تحت الطبع) ، وانظر كلامه أيضا في العبر : ٤/٢٧٦ ، وما بعدها ، وانظر وصف أحوالهم باسهاب في الكامل : ٩/٢٢٧ ، وما بعدها ، والعسجد المسبوك : ٢٢٢ ، والذيل على الروضتين : ١٩ وما بعدها . .

فكانت بينهم حروب ووقائع استمرت زمنا ، الى جانب محاربتهم الافرنج في الحروب الصليبية[٢] التي استمرت مدة طويلة .

كل هذا يجرى مقترنا مع ابتداء أمر التتار في المشرق سنة ٦٠٦هـ ، وخروجهم من بلادهم الى نواحي الترك وفرغاته[٣] ، ثم خروجهم الى بلاد الاسلام سنة ٦١٧هـ[٤] ، وما رافق ذلك من المعارك الدامية مما كان لـه الشأن الكبير في خلق جو من الاضطراب ، ترك آثاره السيئة في تردي أحوال البلاد المعاشية والعمرانية في عموم أرجاء الدولة المترامية الأطراف ، في الشرق والغرب ، فتضعضعت أحوال البلاد ، لاسيما السواحل الشرقية للبحـر الأبيض المتوسط ، وما جاورها من الحواضر ، كبيت المقـدس ، ودمشق وحلب وحمص وحماه (موطن المؤلف) اذ كانت هذه المناطق مسرحا لحروب كثيرة شغلت الناس كثيرا عن معايشهم .

ومع هـذه الاضطرابات ، شهدت هـذه الحقبة أيضا حركة علميـة مثمرة ، تناولت شتى جوانب المعرفة ، على خلاف ما هو متوقع :

فقـد تنافست تلك الدويلات في تقريب العلمـاء والاهتمام بالعلـم والأدب ، فكانت حصيلة ذلك كوكبة من العلماء والأدباء والفقهاء والمؤرخين والمحدثين والفلاسفة والمفسرين ازدان بهم العصر شرقا وغربا ، وغنيت بنتاجاتهم دور العلم ومكتباته ، كالقاضي الفاضل[٥] (المتوفى ٥٩٦هـ)

---

(٢) انظر بشأن الحروب الصليبية : ستيفن رنسيمان : تاريخ الحروب الصـليبية ، نقلـه الدكتور السيد الباز العريني (دار الثقافـة بيروت ١٩٦٧) .

(٣) تاريخ الخلفاء للسيوطي : ٤٥٦ ، ٤٦٨ .

(٤) الكامل لابن الأثير : ٣٢٩/٩ .

(٥) أبو علي عبدالرحيم بن علي البيساني المترجم له في وفيات الأعيان ١٥٨/٣ رقم ٣٧٤ ، الكامل : ٢٥١/٩ ، طبقات السبكي : ١٦٦/٧ رقم ٨٧١ .

وابن الجوزي[٦] (المتوفى ٥٩٧هـ) والعماد الأصبهاني[٧] (المتوفى ٥٩٧هـ) والفخر الرازي[٨] (المتوفى ٦٠٦هـ) والامام الرافعي[٩] صاحب الشرح الكبير (المتوفى ٦٢٣هـ) وعزالدين بن الأثير[١٠] المؤرخ (المتوفى ٦٣٠هـ) والزكي البرزالي[١١] (المتوفى ٦٣٦هـ) وتاج‌الدين بن حمويه[١٢] شيخ الشيوخ (المتوفى ٦٤٢هـ) وابن الصلاح[١٣] (المتوفى

---

(٦) أبو الفرج عبدالرحمن بن علي ، المترجم له في الوفيات : ١٤٠/٣ رقم ٣٧٠ ، ذيل طبقات الحنابلة : ٣٩٩/١ رقم ٢٠٥ ، مرآة الزمان : ٤٨١/٨ ، وقد كتبت دراسة عن تفسيره (زاد المسير) في كتابنا (مناهج المفسرين) : ١٥٧ .

(٧) أبو عبدالله محمد بن محمد القرشي : المترجم له في معجم الأدباء : ١١/١٩ ، مرآة الزمان : ٣٧٢/٨ ، مقدمة الخريدة بأقسامها .

(٨) أبو عبدالله محمد بن عمر المترجم له في الوفيات : ٢٤٨/٤ ، رقم ٦٠٠ ، الوافي : ٢٤٨/٤ ، وقد كتبنا دراسة عن تفسيره في كتابنا (مناهج المفسرين) ص ١٨٩ .

(٩) أبو القاسم عبدالكريم بن محمد القزويني المترجم له في تهذيب الأسماء واللغات : ٢٦٤/٢ ، فوات الوفيات : ٧/٢ ، طبقات السبكي : ٢٨١/٨ رقم ١١٩٢ .

(١٠) أبو الحسن علي بن محمد المترجم له في الوفيات : ٣٤٨/٣ رقم ٤٦٠ ، طبقات السبكي : ٣٦٦/٨ ، رقم ١٢٦٢ ، حسن المحاضرة : ٤١١/١ .

(١١) أبو عبدالله محمد بن يوسف ، المترجم له في تذكرة الحفاظ : ٢٠٨/٤ ، الشذرات : ١٨٢/٥ ، العبر : ١٥١/٥ .

(١٢) أبو محمد عبدالله بن عمر ، المترجم له في مرآة الزمان : ٩٩/٩ ، النجوم الزاهرة : ٢٥٠/٦ ، البداية والنهاية ١٦٥/١٣ .

(١٣) تقي‌الدين أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن ، المترجم له في الوفيات : ٢٤٣/٣ رقم ٤١١ ، طبقات السبكي : ٣٢٦/٨ ، رقم ١٢٢٩ ، ذيل الروضتين : ١٧٥ ، وقد كتبت ترجمة له مع دراسة في مقدمة رسالته أدب المفتي والمستفتي التي قمت بتحقيقها (تحت الطبع) .

٦٤٣هـ) وابن النجار[١٤] (المتوفى ٦٤٣هـ) وغيرهم وهم كثيرون جـدا يتمرد عددهم على الحصر •

وسيرد فضل كلام بشأن حالة القضاء قبل المؤلف وفي عصره ممـا يكون لـه صلة بهذا الفصل • كما سيرد تفصيل لحالة البلاد في موضوع (نيابته عن صاحب حماة في مخاطبة الخليفة) •

* * *

(١٤) محب‌الدين أبو عبدالله محمد بن محمود المترجم له في فوات الوفيات : ٥٢٢/٢ ، معجم الأدباء : ٤٩/١٩ ، طبقات السبكي : ٩٨/٨ رقم ١٠٩٣ •

الفصل الثاني

مؤلف الكتاب

اسمه ونسبه ونسبته :

هـو القاضي شهاب‌الدين[1] ، أبو اسحاق ابراهيم[2] بن عبـدالله

---

(١) في معجـم المصنفين للتونكي (٣/٢١١) : شـباب وهـو تصحيف مطبعي .

(٢) المصادر التي ترجمت لابن أبي الدم وذكرت شيئا من أخباره والنقل عنه على قسمين قديمة وحديثة ، فمن المصادر القديمة التي نقلنـا عنها هذه الترجمة ما ندونه هنا مرتبا على وفق وفيات مؤلفيها :

الأعلاق الخطيرة في ذكر أمراء الشام والجزيرة لابن شـداد (المتوفى ٦٨٤هـ) ٣/٣٢ ، ٥٨٠ ، صلة التكملة لوفيـات النقلة لشرف‌الدين الحسيني (المتوفى ٦٩٥هـ) ـ مخطوط مصور عن نسخة كوبريللى رقم ١١٠١ ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩ ، مفرج الكروب في أخبار بني أيوب لابن واصل (المتوفى ٦٩٧هـ) : ٤/١٧٤ ، ٢٧٠ ، ٥/٨٥ ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ، المختصر في أخبار البشر لأبى الفدا (المتوفى ٧٣٢هـ) ط : دار الكتاب اللبناني : ٦/٧٦ ، سير أعلام النبلاء للذهبي (المتوفى ٧٤٨هـ) مخطوط مصور عن نسخة السلطان أحمد الثالث باستانبول ، رقم ٢٩١٠ ج : ١٣ الورقة ٢٤٩/أ ـ ٢٤٩/ب ، تاريخ الاسلام للذهبي أيضا ـ مخطوط مصور عن نسخة أيا صوفيا رقم ٣٠١٣ الورقة ١٤/أ ، تاريخ ابن الوردي (المتوفى ٧٤٩هـ) : ٢/٢٥٠ ، الوافي بالوفيات للصفدي (المتوفى ٧٦٤هـ) : ٦/٣٣ رقم الترجمة : ٢٤٦٥ ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (المتوفى ٧٧١هـ) : ٨/١١٥ رقم الترجمة ١١٠٧ ، وأورد عنه نقولا في ج ٤ ص ٧٢ ، ٧٣ ، ١١٠ ، ١٧٣ ، جـ ٨ ص ٣٣٦ ، طبقات الشافعية للأسنوي (المتوفى ٧٧٢هـ) ج : ١ ص : ٥٤٦

. . . .

رقم الترجمة ٥٠٤ ، حياة الحيوان للدميري (المتوفى ٨٠٨هـ) في مادة (الزرافة) جـ : ٢ ، ص : ٦ – ٧ ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (المتوفى ٨٥١هـ) مخطوط مصور في مكتبة الدراسات العليا بكلية الآداب بجامعة بغداد رقم ١٤٩٠ الورقة : ٧٨/أ ، تبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلاني (المتوفى ٨٥٢هـ) : المجلد الرابع ص ١٤٦١ ، الاعلان بالتوبيخ لمن ذم التاريخ للسخاوي (المتوفى ٩٠٢) ط : القدسي : ٢٥ ، ٨٩ ، ١٤٧ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، وقابل ذلك بما في طبعة استاذي الدكتور صالح أحمد العلي : ٥٠ ، ١٦٠ ، ٢١٠ ، ٣٠٦ ، ٣١٥ ، ٣١٨ ، شذرات الذهب لابن العماد (المتوفى ١٠٨٩هـ) : ٥/٢١٣ ، كشف الظنون لحاجي خليفة (المتوفى ١٠٦٧هـ) ص : ٤٧ ، ٢٧٦ ، ٣٠٥ ، ١٢١٨ ، ١٢٥٥ ، ١٤٤٦ ، ١٧٢٢ ، ٢٠٠٨ ، هدية العارفين لاسماعيل باشا البغدادي (المتوفى ١٣٣٩هـ) : ١/١١ .

ومن المصادر الحديثة : معجم المؤلفين : ١/٥٣ ، الاعلام (ط : ٤) ١/٤٩ ، تذكرة النوادر للندوي : ٨٢ رقم الكتاب : ٩٢ ، معجم المصنفين للتونكي : ٣/٢١١ ، رقم الترجمة : ١٤٤ ، تاريخ حماة للصابوني : ١٠٢ ، تاريخ الأدب العربي لعمر فروخ : ٣/٧٤١ ، تاريخ آداب اللغة العربية لجرجي زيدان : ٣/٨١ ، دائرة المعارف للبستاني (بيروت ١٩٥٨) مجلد ٢ ص ٣٠٣ ، فهرس المخطوطات المصورة قسم ٢ ج ٢ ص ٣١ – ٣٢ ، نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا لرمضان ششن : ١/٢٢ رقم ١٥ ، وما كتبه الدكتور مصطفى جواد في حاشيته على تكملة اكمال الاكمال لابن الصابوني: ٢٩٥ وفيه أنه ذكره الزكي المنذري والصواب ان الذي ذكره هو شرف الدين الحسيني في صلة التكملة ، وما كتبه عدنان قيطاز بعنوان (ابراهيم بن أبي الدم مؤرخ العصر الايوبي – حياته وآثاره) في مجلة التراث العربي دمشق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، أيار ، ١٩٨٠ ص : ٢٢٤ – ٢٣٢ ، وما كتبه الدكتور مصطفى الزحيلي في مقدمة كتابه أدب القضاء ، وما كتبه المستشرق فرانز روزنثال في كتابه : علم التاريخ عند المسلمين : ٢٠٤ ، ٤١٨ ، ٥٢٨ ، ٥٧٨ ، ٦٧٤ ، ٦٨٣ ، ٦٨٦ ، وما كتبه المرحوم عباس العزاوي في كتابه :

ابن عبدالمنعم[٣] بن علي بن محمد بن فاتك[٤] بن محمد بن زيد بن أبي الدم الهمداني الحموي الشافعي ٠

فالهمداني : بفتح الهاء وسكون الميم وفتح الدال المهملة وبعد الألف نون ، نسبة الى همدان ، وهي كما يقول ابن خلكان قبيلة عظيمة باليمن[٥] ٠

النعريف بالمؤرخين في عهد المغول والتركمان : ١/٦١ رقم : ٧ ٠

وانظـر :

C. Brockelmann: G.I. : 346, S. I: 588.

De Slane: Cataloque des manuscrits arabes: 199, No. 996.

Arthur J. Arberry: The Chester Beatty library, a handlist of the arabic manuscripts Vol. VI P. 156 No. 4992.

F. Rosenthal: Ibn abi Dam (article in the Encyclopedia of Islam-new edition Leiden E.J. Brill, Vol. III, 1971) P. 683.

وهناك نقول عن ابن أبي الدم في الكتب الفقهية وغيرها سنذكرها ٠

(٣) في تاريخ آداب اللغة العربية لجرجي زيدان : عبدالمؤمن بدل عبدالمنعم وهو سهو ، انظر جـ ٣ ص ٨١ ٠

(٤) وفي الطبقات الوسطى للسبكي : (مالك ، وقيل : فاتك بن محمد بن زيد) انظر هامش الطبقات الكبرى : ٨/١١٥ ، وفي الطبعة القديمة من الطبقات الكبرى (ط : الحسينية ١٣٢٤هـ) : (فاتك بن زيد) وقد اكتفت الطبعة الجديدة من طبقات الشافعية الكبرى (ط ١ عيسى الحلبي ١٩٦٥ - ١٩٧١ ، جـ ٨ ص ١١٥) بقولها : فاتك بن محمد بن أبي الدم ، وما أثبتناه هو الموافق لما ثبت على ورقة الغلاف من نسخة الأصل ونسخة دار الكتب المصرية المرقمة ١٢ فقه حنفي حليم التي رمزنا اليها بنسخة (ب) ٠

(٥) وفيات الأعيان : ٢/١٩٧ ضمن الترجمة ٢٠١ ، وفي عجالة المبتدي

ولادتـه :

ولد ابن أبي الدم في حمـاة في الحادي والعشرين من جمـادى الأولى[(٦)] سنة ثلاث وثمانين وخمسمائة (الموافق ٢٩ تموز ـ يوليه ـ

وفضالة المنتهى في النسب للحازمي الهمداني : أن الهمداني الذي نسبت اليه هذه القبيلة اسمه أوسلة بن مالك بن زيد بن ربيعة بن أوسلة بن الخيار بن مالك بن زيد بن كهلان بن سبأ الشعب العظيم ينسب اليه بشر كثير من الصحابة والتابعين فمن بعدهم من العلماء والشعراء (ط : ٢ الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية بالقاهرة ١٩٧٣ ص ١٢٥) وهـو ما ذكـره ابن الأثير في اللباب (ط مكتبة المثنى بغداد) ٣/٣٩١ ، وانظـر لب الألباب في تحرير الأنساب للسيوطي : ٢٧٩ ، تبشير المنتبه بتحرير المشتبه : ٤/١٤٦١ ، الاكليـل للهمـداني تحقيق انستاس الكـرملي ط : بغـداد جـ ١٠ ص ٢٩٧ ٠

(٦) رجح الدكتور محمد مصطفى الزحيلي أن ولادته كانت في جمادى الآخرة (مقدمة كتاب أدب القضاء : ص ٩) اعتمادا على ما ذكره تاج‌الدين السبكي (طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٥) ، وأحال الزحيلي لتأييد قوله على أربعة مصادر ، ثلاثة منها لم تذكر الشهر الذي حدثت فيه ولادته ، وهي الاعلام والمختصر لأبي الفدا وتتمته لابن الوردي ، أما الرابع وهو طبقات الاسنوي فقد ذكر الاسنوي أن ولادته كانت في جمادى الاولى ، وليست في جمادى الاخرة كما زعم ، وقد تابع السبكي على ذلك بروكلمان في الأصل : ١/٤٣٦ والملحق : ١/٤٨٨ ، وقابله بالميلادي بتاريخ ١١٨٧/٩/٢٩ ، ونقل التونكي (معجم المصنفين : ٣/٢١٢) كلام التاج السبكي بنصه ٠

والذي يؤكد صحة ما ذكرنا أن الذين ذكروا ولادته ممن سبقوا التاج السبكي ذكروا أنها كانت في جمادى الأولى ، فانظر صـلة التكملة لوفيـات النقلة لشرف‌الدين الحسـيني الصـفحة ٢٠٨ من المخطوطة ، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة الورقة ٧٨/أ ، فضلا عن ذكـر الأسنوي المعاصر للتـاج السبكي (طبقـات الأسنوي : ١/٥٤٦) ، وجاء من بعدهم ابن العماد في الشذرات : ٥/٢١٣ كلهم ذكروا أن ولادته كانت في التاريخ المذكور من جمادى الأولى فليعلم ذلك ٠

١١٨٧م)[٧] .

حياته اجمالا ووظائفه التي شغلها :

١ ـ نشأته وطلبه العلم ورحلته

نشأ ابن أبي الدم وترعرع في أرض مولده (حماة) ، وبها تلقى تعليمه الاول .

ثم رحل الى بغداد منذ عهد مبكر من حياته ، فتفقه بها على مذهب الامام الشافعي رضى الله عنه ، وحصل منه جملة صالحة[٨] ، فسمع بها من الشيخ أبى أحمد عبدالوهاب بن علي البغدادي الأمين المعروف بابن سكينة[٩] .

وقد ذكره المؤرخ الفيلسوف ابن واصل في تاريخه (مفرج الكروب في أخبار بني أيوب) غير مرة[١٠] عند النقل من تاريخه ، منها قوله :

« سافر في صباه الى بغداد ، واشتغل بالعلم ، وخلع عليه الخليفة الامام الناصر لدين الله ، وقدم الى حماة وعليه خلعة الخليفة »[١١] .

---

(٧) مقابلة التاريخ الميلادي مأخوذة عن دائرة المعارف الاسلامية النسخة الانكليزية بطبعتها الجديدة : ٣/٦٨٣ .

(٨) صلة التكملة ـ مخطوط ـ الصفحة : ٢٠٨ .

(٩) تاريخ‌الاسلام للذهبي ـ مخطوط ـ نسخة مكتبة أيا صوفيا المرقمة ٣٠١٣ الورقة ١٤/أ ، وسير أعلام النبلاء (نسخة أحمد الثالث رقم ٢٩١٠) جـ١٣ الورقة ٢٤٩/أ وستأتي الاشارة الى‌ترجمته في‌موضوع شيوخه .

(١٠) د. مصطفى جواد : هامش تكملة اكمال الاكمال في الأنساب والأسماء والألقاب لابن الصابوني : ٢٩٦ ، وانظر مفرج الكروب : ٤/١٧٤ ، ٢٧٠ ، ٥/٨٥ ، ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ .

(١١) مفرج الكروب في أخبار بني أيوب : ٤/١٧٤ .

قال الذهبي[١٢] :

« ثم سافر الى حلب ودمشق والقاهرة طالبا للعلم ، وقد حدث هناك بجزء الغطريف »[١٣] .

ويرد في ثنايا كتاب (أدب القضاء) الذي نقوم بتحقيقه ، أنه قد سافر الى الموصل ، وأخذ عن مشايخها آنذاك[١٤] .

٣ ـ توليه القضاء بحماة وقيامه بتدريس الفقه :

وفي سنة ٦٢٢هـ ولاه الملك الناصر القضاء بحماة[١٥] فقام بالامر خير قيام ، وظل على القضاء وهو يقوم الى ذلك بتدريس الفقه الشافعي ،

(١٢) سير اعلام النبلاء ـ مخطوط ـ ج ١٣ الورقة ٢٤٩/أ

(١٣) الغطريف : هو أبو أحمد محمد بن أحمد بن الحسين بن القاسم ابن السرى بن الغطريف بن الجهم الغطريفي العبدي الجرجاني الرباطي ، من علماء المحدثين ومتقنيهم صواما قواما صالحا ثقه ، حدث عن ابن خزيمه وابن ناجيـة وغيرهما ، وحدث عنه رفيقـه أبو بكر الاسماعيلي وأبو نعيم الاصبهاني والقاضي أبو الطيب ، توفي ابن الغطريف سنه ٣٧٧ انظر ترجمته في تذكرة الحفاظ ٤/٩٧١ ، رقم الترجمة ٩١٢ تاريخ جرجان للسهمي : ٣٨٧ ، لسان الميزان : ٥/٣٥ رقـم ١٢١ ، الشـذرات ٣/٩٠ ، معجـم المؤلفـين ٢/٦٨ ٨/٢٥٤ ، وجزؤه المسمى باسمه (جزء الغطريف) هو في الحديث اسمه (المسند الصحيح على كتاب البخارى) حدث به من حديث القاضي أبي بكر الطبري (انظر كشف الظنون : ١/٥٨٨ ، طبقات السبكي : ٥/١٢ ، ٩/٢٨ ، ١٠/٨٩ ، العبر : ٣/٥ ـ ٦ ، اللباب : ٢/٣٨٥ .

(١٤) أدب القضاء الفقرة : ٤٧٨ .

(١٥) مفرج الكروب (حوادث سنة ٦٢٢) جـ ٤ ص ١٧٤ .

كما تنبىء مقدمة كتابه أدب القضاء[(١٦)] .

٣ ـ عزمه على أداء الحج :

وبقي على قضاء حماة عقدا من السنين حتى اذا عزم على أداء مناسك الحج سافر في سنة ٦٣١هـ الى جهة العراق بنية الحج مع الحاج العراقي ، واستناب بحماة القاضي شمس الدين ابراهيم بن عبدالله البارزي[(١٧)] .

قال ابن واصل :

« ولما وصل الى بغداد سافر مع الحاج العراقي ، ولما وصلوا الى منزلة يقال لها (لينة) قطع عليهم العرب الطريق ، وجرت عليهم شدة عظيمة ، ورجعوا الى بغداد فخلع الخليفة على القاضي شهاب الدين ، وعاد الى حماة في السنة القابلة »[(١٨)] .

٤ ـ قيامه بمهام السفارة بين صاحب حماة وبين الملوك من بني أيوب :

ولما استولى الملك المظفر (تقي الدين أبو الفتح محمود بن الملك المنصور) على حماة وبلادها سنة ٦٢٦هـ[(١٩)] وتكشف له صلاح القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن ابي الدم وتقواه وورعه وشدة تحرزه واخلاصه وتفانيه في خدمته ، وتثبت من كونه مرضيا معتمدا لديه ، استخدمه في السفارة والترسل عنه في الأمور السياسيه بينه وبين سائر الملوك من بني أيوب وغيرهم :

يحكى لنا ابن واصل نبذة عن سفارته بين الملك المظفر والملوك

---

(١٦) أدب القضاء الفقرة : ٣ .
(١٧) قاضي حماة المتوفى ٦٦٩هـ انظر ترجمته في الشذرات : ٣٢٨/٥ .
(١٨) مفرج الكروب (حوادث سنة ٦٣١هـ) ج ٥ ص ٨٥ ـ ٨٦ .
(١٩) مفرج الكروب : ٢٧٠/٤ .

الأيوبيين ، مبينا منزلته عنده وعند سائر الملوك ، فقال في حوادث سنة ٦٣٧هـ :

« كان الملك المظفر يخطب للملك الصالح نجم‌الدين أيوب وهو معتقل في الكرك ، ثم قطع خطبته ، وسير القاضي شهاب‌الدين ابراهيم ابن عبدالله بن أبي الدم قاضي حماة رسولا في الظاهر الى الملك الصالح عمادالدين اسماعيل ، والملك الناصر ، والملك العادل ، وحمله رسالة في الباطن الى الملك الناصر داود يشير عليه باخراج السلطان الملك الصالح ، ومساعدته على قصد الديار المصرية ، فتوجه القاضي شهاب‌الدين الى دمشق ، وأدى رسالته الى الملك الصالح اسماعيل ، ثم توجه الى نابلس ، فأدى الرسالة الباطنة للملك الناصر المتضمنة اخراج الملك الصالح نجم‌الدين أيوب ، فوعده الملك الناصر بذلك وحلف له عليه وأعطاه يده على ذلك ، ثم توجه الى مصر ، وأدى الى الملك العادل رسالة مضمونها أن مخدومه الملك المظفر قد قطع خطبة الملك الصالح نجم‌الدين أيوب ، وما بقي الا الانتماء اليه والدخول في طاعته وطلب اليمين للملك المظفر فأنزله الملك العادل وأكرمه غاية الاكرام »(٢٠) .

ومن ذلك تتضح منزلة القاضي شهاب‌الدين ابراهيم بن عبدالله ابن أبي الدم ، عند الملوك الأيوبيين ، وقيامه بدور كبير في رسم السياسات القائمة آنذاك .

٥ ـ نيابته عن صاحب حماة في مخاطبة الخليفة :

ولأمانة القاضي شهاب‌الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم في سفارته ، وحسن تدبيره ومعالجته للأمور بالخبرة والحنكة وحسن السياسة

---

(٢٠) مفرج الكروب : ٥/٢٥١ ـ ٢٥٢ .

صار الملك المظفر يعتمد عليه غاية الاعتماد في مخاطباته ومحادثاته حتى مع الخليفة :

يحكى لنا صديقه المزامل لـه والمصاحب له في سفره المؤرخ ابن واصل ، وصفا تفصيليا لسفرة قام بها بمعية القاضي شهاب‌الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الذي أرسله الملك المظفر الى الخليفة المستعصم بالله ، مهنئا لـه بالخلافة ، ومعزيا لـه بوفاة أبيه المستنصر بالله (الذي توفي سنة ٦٤٠هـ)[٢١] فقال في حوادث سنة ٦٤١هـ واصفا حالة البلاد المضطربة بشيء من التفصيل وموضحا ما كان لديهم من الرسوم في السفارة .

« وفي هذه السنة سير الملك المظفر صاحب حماة القاضي شهاب‌الدين أبا اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم رسولا الى الخليفة المستعصم بالله مهنئا له بالخلافة ، ومعزيا بأبيه المستنصر بالله .

ونفذ معه ثيابا طلسا ، برسم القبر ، وألف دينار برسم الصدقة عنه ، ومعه أيضا رسالة الى الملك السعيد نجم‌الدين غازي ابن الملك المنصور أرتق صاحب ماردين ورسالة الى السلطان الملك الناصر صاحب حلب ، ورسالة الى بدرالدين لؤلؤ صاحب الموصل .

وتقدم الى الملك المظفر بالمسير معه ، فسافرنا من حماة مستهل المحرم ، ومضينا الى حلب ، فأقمنا بها أياما ، ثم مضينا الى حران ، ومنها الى دنيسر ، وبلغنا ونحن فيما بين رأس عين ودنيسر حركة التتر ، وقصدهم بلاد الروم .

---

(٢١) تاريخ الخلفاء للسيوطي : ٤٦٣ .

ثم صعدنا الى ماردين ، وأقمنا بها يوما واحدا ، وقد قويت الأخبار بحركة التتر •

ثم سرنا الى نصيبين ، ووجدنا الخوارزمية ، وهي بأيديهم مقيمين بها ، وهم يظهرون طاعة السلطان الملك الصالح نجم‌الدين صاحب مصر •

ثم وصلنا الى الموصل ، ونزلنا بخانقاه على الشط ، ووجدنا بالموصل محيي‌الدين بن الجوزي رسول الخليفة وهو يريد التوجه الى بلاد الروم رسولا الى السلطان غياث‌الدين كيخسرو ، وكان بدرالدين في تلك الأيام داخلا في طاعة التتر ، وهـو منتم اليهم ، ويهاديهم ، ويراسلهم ، وكان بينه وبين الملك السعيد صاحب ماردين تنافر ، فأخذ القاضي شهاب‌الدين في الاصلاح بينهما ، وذلك بتقدم من مخدومه الملك المظفر اليه بذلك •

ثم توجهنا الى بغـداد في دجلة في ركوة أعطانا اياهـا بدرالدين ، وسارت الدواب في البر •

وحين وصلنا تكريت طولع الديوان ببطاقة حمام بوصولنا ، ووصلنا الى المزرفة ، فنزلنا بها ، حتى جاءنا من جهة الديوان من وصلنا معه على الظهر الى بغداد •

فعدوا بنا الى بغداد ، وأمرنا بالنزول في جامع السلطان ، حتى خرج الموكب لتلقينا ، ودخلنا بغداد ، فنزلنا بقراح القاضي ، وكان النائب في الوزارة بها رجلا يقال له نصيرالدين ، وهو شيخ فان مقعد ، فأدى القاضي شهاب‌الدين الرسالة •

ورجعنا ، بعد أن أقمنا شهرين ، فلمـا وصلنا الى الموصل اجتمعنا بصاحبها بدرالدين لؤلؤ ، فأخبرنا بأن التتر استظهروا على المسلمين ببلاد الروم وكسروهم ، وان غياث‌الدين صاحب البلاد انهزم الى بعض المعاقل ،

توجهنا الى نصيبين ، واجتمعنا بالأمير حسام‌الدين بركة خان مقدم الخوارزمية ، وتحدثنا معه في معنى القيام بنصرة السلطان الملك الصالح نجم‌الدين والمضى بالخوارزمية الى خدمته ومعاضدته على أعدائه ، فوعد بركة خان بذلك ، وكان حديثه لنا بواسطة ترجمان بيننا وبينه .

وعدنا الى حماة فدخلناها في احدى الجمادين من هذه السنة .

وسمعنا عند وصولنا الى حلب ما جرى على المسلمين ببلاد الروم ، ووجدنا خلقا من الجافلين من تلك البلاد .

واضطرب الشام لذلك اضطرابا كبيرا .

ووجدنا بحلب القاضي أفضل‌الدين الخونجي ، وكان قاضيا ببلاد الروم ، وهو على عزم المضى الى الديار المصرية .

ونظمت (والكلام لابن واصل) وأنا بحلب أبياتا ذكرت فيها المنازل بين بغداد وحماة وهي :

طواها سراها حين طال سفارها
وأنحلها تهجيرها وابتكارها[٢٢]

وظل القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم على مكانته ومنزلته عند صاحب حماة حتى بعد وفاة الملك المظفر ، يقوم بدور نيابته عن صاحب حماة الى الخليفة ، كما سيتضح ذلك من موضوع (وفاته) .

٦ ـ رد شبهة في أنه ولى قضاء همذان :

وقد ذهب بعض الباحثين المحدثين الى أنه ولى قضاء همذان[٢٣]

---

(٢٢) مفرج الكروب ـ حوادث سنة ٦٤١هـ ـ ج ٥ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٥ .

(٢٣) انظر عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم الحموي مؤرخ العصر

المدينة المعروفة ببلاد العجم ، وقد تصحفت عليه كلمة همدان بدال مهملة الى همذان بذال معجمة .

ومبعث ذلك الوهم ، التصحيف الحاصل في الكلمة في المطبوع من شذرات الذهب فقد جاءت العبارة فيه كما يأتي :

« وولى قضاء بلده همذان باسكان الميم ، وهو حموي ، ولي قضاءها أيضا »[٢٤] .

كذا بذال معجمة ، وهو خطأ مطبعي يرده قوله باسكان الميم ، لأن همـذان بالتحريك ، كمـا ضبطها الجغرافيون منهـم ياقوت[٢٥] وابن عبدالمؤمن[٢٦] ، فاذا قالوا باسكان الميم كفى ذلك في التفريق .

ولأن الأقدمين قـد ضبطوا الكلمة حين كتابتها منهـم شرفالدين الحسيني في صلة التكملة[٢٧] ، وقد ضبطها الذهبي بخطه ، كما فعل في كتابه تاريخ الاسلام[٢٨] (انظر نسخة المؤلف الموجودة في آيا صوفيا) ، ونص عليها ابن حجر العسقلاني في تبصير المنتبه بتحرير المشتبه[٢٩] ، فقال في مادة الهمداني : « بالفتح والسكون والدال المهملة » ثم ذكر من

الأيوبي الأول حياته وآثاره مقالة في مجلة التراث العربي – دمشق – العدد الثاني السنة الأولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٢٦ .

(٢٤) شذرات الذهب : ٥/٢١٣ .

(٢٥) معجم البلدان – دار صادر – (مادة همذان) ٥/٤١٠ .

(٢٦) مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع – تحقيق البجاوي (مادة همذان) ٣/١٤٦٤ .

(٢٧) صلة التكملة لوفيات النقلة (مخطوط) الصفحة ٢٠٨ .

(٢٨) تاريخ الاسلام – مخطوط الورقة ١٤/أ .

(٢٩) المجلد ٤ ص ١٤٦١ .

ينسب اليها ، وعد كثيرين ذكر صاحبنا منهم فقال : ومنهم « أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الهمداني قاضي حماة يعرف بابن أبي الدم حدث عن أبي أحمد بن سكينة »[٣٠] فنص على موضع التصحيف لئلا يشتبه في نسبته أحد .

ثم ان قول ابن العماد الحنبلي (همدان باسكان الميم) جملة معترضة كما قال الدكتور مصطفى جواد[٣١] حين ذكر ترجمته استطرادا .

واستدل القائلون انه ولى قضاء همذان (بالذال المعجمة) بوجـود ترجمة فارسية لابن أبي الدم وقف عليها الدكتور سهيل زكار[٣٢] .

وان حماة لم تكن موطن القبائل اليمانية في الماضي بخلاف حمص ، ولم يسكنها أو يجاورها أية قبيلة يمانية ، ولذلك انعدمت في حماة النزاعات بين القيسية واليمانية ، وعلى ضوء ذلك فان ابن أبي الدم همذاني نسبة الى همذان المدينة المعروفة ، وقد ولى قضاءها ، وليس همدانيا نسبة الى قبيلة همدان اليمانية[٣٣] .

وهو استدلال غريب ، ويأخذ القارىء العجب من هذا الاستدلال الواهي لاسيما بعـد ورود النص على نسبته عنـد المؤرخين القدامى الى همدان القبيلة العربية ، والذين سبقوا ابن العماد الحنبلي الذي لم يقل ما قالوه ولا يتحمل كلامه ما حملوه .

---

(٣٠) تبصير المنتبه : ١٤٦١/٤ .
(٣١) هامش تكملة اكمال الاكمال ص ٢٩٦ .
(٣٢) مقالة الدكتور سهيل زكار في مجلة المعرفة السورية العـدد ١٥٤ ص ٥٣ ومقالة احسان العظم ص ١٧٠ .
(٣٣) عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم مؤرخ العصر الأيوبي مجلـة التراث العربي العدد ٢ السنة الأولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٣٠ .

ويشتد العجب حين يستكثرون على العرب ان يكون بينهم قاض كابن أبي الدم ، وهم أهل الفصل عند مجامع الخصومات ، فيحاول هؤلاء أن ينتزعوا شخصا من بين أحضان أمته ويلقوا به في أحضان أمة أخرى تقوم الدلائل على نفيه عنها .

وعلى كل حال يكون ما ذكروه زعما يفتقر الى دليل ، لأن المصادر القديمة لم تشر الى ولايته لقضاء همذان أولا ولو وليه لأشارت اليه .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد ان من السهولة ان نفترض أن مبنى ذلك الزعم قائم على شيء واه لا يتعدى كونه تصحيفا مطبعيا .

شيوخه وتلاميذه :

تلقى الشيخ شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، الحديث والفقه والعلوم الأخرى على شيوخ كثيرين في بلدان متباعدة :

فقد سمع ببغداد في صباه حين رحل اليها من أبي أحمد عبدالوهاب ابن علي البغدادي الأمين المعروف بابن سكينة(٣٤) المحدث المشهور (المتوفى ٦٠٧هـ) .

وسمع بالقاهرة(٣٥) من شيوخ كثيرين ، وحدث بها وبدمشق وحلب(٣٦) وحماة وبكثير من بلاد الشام(٣٧) .

---

(٣٤) انظر ترجمته في التكملة لوفيات النقلة : ٣/٣٢٤ وفي هامشها مصادر ، وانظر ذيل الروضتين : ٧٠ ، النجوم الزاهرة : ٦/٢٠١ ، البداية والنهاية : ١٣/٦١ .

(٣٥) طبقات الشافعية لابن قاضي شبهة : الورقة ٧٨/أ ، وشذرات الذهب : ٥/٢١٣ ، وطبقات السبكي : ٨/١١٦ .

(٣٦) الوافي بالوفيات : ٦/٣٣ : تاريخ الاسلام للذهبي : الورقة ١٤/أ طبقات السبكي : ٨/١١٦ .

(٣٧) طبقات ابن قاضي شبهة الورقة : ٧٨/أ ، شذرات الذهب : ٥/٢١٣ .

ويشير ابن أبي الدم في ثنايا كتابه أدب القضاء الى أنه درس على بعض المشايخ بالموصل اذ يقول : « ووافقنا على ذلك بعض مشايخنا بالموصل »[٣٨] .

ورافقه ابن واصل في سفره وسفارته الى بغداد وغيرها[٣٩] فحدث أحدهما الآخر بما يحفظ .

وممن رووا عنه .

جمال الدين أبو حامد محمد بن علي المحمودي المعروف بابن الصابوني[٤٠] (المتوفى ٦٨٠هـ) ، ذكر ذلك في تكملة اكمال الاكمال ، وسماه (شيخنا)[٤١] .

وشهاب الدين أبو بكر الدشتي أحد شيوخ الحافظ الذهبي ، ذكره في سير أعلام النبلاء[٤٢] وفي التاريخ الكبير[٤٣] .

وأبو محمد ادريس بن محمد بن أبي الفرج بن مزيز الحموي[٤٤]

---

(٣٨) الفقرة ٤٧٨ من هذا الكتاب .
(٣٩) مفرج الكروب (حوادث سنة ٦٤١) ج : ٥ ص ٣٢٣ وما بعدها .
(٤٠) المترجم له في الوافي : ١٨٨/٤ ، الدارس في أخبار المدارس : ١١٠/١ ، شذرات الذهب : ٣٦٩/٥ ، وقد كتب الدكتور مصطفى جواد في مقدمة كتابه تكملة اكمال الاكمال ترجمة مسهبة وفيها مصادر ، وانظر معجم المؤلفين : ٦٢/١١ .
(٤١) تكملة اكمال الاكمال ص ٢٩٥ .
(٤٢) سير أعلام النبلاء (مخطوط) ج ١٣ الورقة ٢٤٩ .
(٤٣) تاريخ الاسلام (مخطوط) الورقة ١٤/أ .
(٤٤) المترجم له في المشتبه : ٤٧٨ ، وتكملة اكمال الاكمال ص ٢٩٥ ، رقم الترجمة : ٢٨٥ ، الشذرات : ٤٢٣/٥ وجاء فيه اسمه (ابن مزيد) .

(المتوفى ٦٩٣هـ) اذ ذكر ابن الصابوني القاضي ابن أبي الدم في جملة شيوخ ابن مزيز(٤٥) .

اخلاقه وصفاته :

كان الشيخ شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم ابن أبي الدم على خلق رفيع وفضل عظيم « مهابا ، عفيفا ، ورعا ، لا يعرف الهزل في قول ولا فعل »(٤٦) ، وله « فضائل وشهرة »(٤٧) .

قال شرف‌الدين الحسيني : « وكان وافر الفضل حسن الأخلاق »(٤٨) .

وشهد بفضله وعلمه معاصره ابن واصل فقال : « وكان فاضلا متفننا في المذهب والأدب والتاريخ »(٤٩) .

أسرة ابن أبي الدم وذووه :

تشير المصادر التاريخية الى أن أسرة القاضي شهاب‌الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم وذويه كانوا من أعيان بلدة حماة ووجوهها الذين لهم الحل والعقد فيها :

فقد ذكر مؤرخ العصر الأيوبي العلامة محمد بن سالم المعروف بابن واصل قريب القاضي ابن أبي الدم ونسيبه(٥٠) وذلك في حوادث سنة ٦٢٦هـ أنه « أرسل السلطان الملك الكامل الى الملك المظفر تقي‌الدين

---

(٤٥) تكملة اكمال الاكمال : ٢٩ .

(٤٦) الصابوني ، أحمد بن ابراهيم : تاريخ حماة : ١٠٣ .

(٤٧) الذهبي : سير اعلام النبلاء جـ ١٣ الورقة ٢٤٩ ب .

(٤٨) صلة التكملة : الصفحة ٢٠٩ .

(٤٩) مفرج الكروب : جـ ٤ ص ١٧٤ .

(٥٠) الدكتور مصطفى جواد : هامش تكملة اكمال الاكمال في الأنساب والأسماء والألقاب ص : ٢٩٦ .

محمود ، يأمره أن يتفق مع مماليك أبيه على تسليم القلعة اليه . وكان الملك المظفر نازلا بظاهر البلد مع العسكر محاصرا له ، فراسلهم السلطان الملك المظفر في ذلك ، فأجابوه الى تسليم البلد والقلعة اليه ، وأرسلوا اليه من يستحلفه لهم ، ويستحلفهم له ، فخرج اليه جماعة من الأعيان أحدهم خال القاضي برهان‌الدين اسماعيل بن أبي الدم رحمه الله ، وهو ابن عم القاضي شهاب‌الدين بن أبي الدم ، وكان يومئذ متولى القضاء بحماة ، فاجتمعوا به بالجوسق الذي بناه الملك الناصر أخوه على العاصي شمالي تربة جدهما الملك المظفر تقي‌الدين عمر رحمه الله واستحلفوه لمن في القلعة ، واشترطوا عليه أن لا يدخل البلد الا بجماعته خاصة ، وأنه لا يدخله أحد من عسكر الملك الكامل ، فأجابهم الى ذلك »(٥١) .

مكانة ابن أبي الدم العلمية والأدبية :

تفقه الشيخ شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم على شيوخه الكثيرين فدرس المذهب الشافعي رضي الله عنه وحصل منه جملة صالحة ، كما يقول الشيخ شرف‌الدين الحسيني(٥٢) .

وظل يرتقي درجات العلم فيه حتى تبوأ منزلة علمية جعلته « اماما في المذهب الشافعي » كما يقول الأسنوي(٥٣) ، متفننا فيه وفي التاريخ

(٥١) ابن واصل : مفرج الكروب في أخبار بني أيوب : ج ٤ ص ٢٧٠ ـ ٢٧١ .
(٥٢) صلة التكملة لوفيات النقلة (مخطوط) الورقة : ٢٠٨ .
(٥٣) طبقات الأسنوي : ٥٤٦/١ ، طبقات ابن قاضي شهبة الورقة ٧٨/أ ، شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

والأدب كما يقول ابن واصل[٥٤] ، وألف مصنفات حسنة[٥٥] تدل على فضله[٥٦] وعلو منزلته عند أهل تلك العلوم :

ففي الفقه كانت كتبه موضع الاعتماد عند الفقهاء الذين أتوا من بعده ، يكثرون من النقل عنه ، وكانت مطارحاته واجتهاداته في الفروع مثار اهتمام طائفة من أهل العلم أمثال الرافعي[٥٧] وابن الرفعة[٥٨] ، والتاج السبكي[٥٩] ، وأبيه تقي الدين[٦٠] ، والزركشي[٦١] ، والسيوطي[٦٢] وغيرهم ٠

وسيأتي فضل كلام في موضوع (آثار كتاب أدب القضاء في ما تلاه من الكتب) متصل بهذا الموضوع ٠

ويهمنا هنا أن نشير الى أن فقه هذا الرجل قد كتبت له الحياة والبقاء ، ولم يندثر كما اندثر فقه كثيرين ممن ألفوا ولم يعبأ بهم أحد ، هذا في الفقه ٠

---

(٥٤) مفرج الكروب : ٤/١٧٤ ٠
(٥٥) صلة التكملة لوفيات النقلة (مخطوط) الورقة ٢٠٨ ٠
(٥٦) طبقات ابن قاضي شهبة : الورقة : ٧٨/أ ، شذرات الذهب : ٥/٢١٣ ٠
(٥٧) طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٦ ٠
(٥٨) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي : ٨/١١٦ ، ١١٧ ، ١١٨ ، طبقات الأسنوي : ١/٣١٩ ٠
(٥٩) طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٦ ٠
(٦٠) فتاوى الشيخ تقي الدين السبكي : ٢/٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، وانظر طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٦ ، ١١٨ ٠
(٦٠) البرهان في علوم القرآن : ١/٢٨١ – ٢٨٢ ٠
(٦٢) تدريب الراوي : ١/٢٨١ ٠

أما في التاريخ فقد « كان من أكابر المؤرخين المعروفين » كما يقول العزاوي(٦٧) .

وكان كتابه « المظفري » مادة غزيرة للمؤرخين الذين أتوا من بعده ، كما سيتضح ذلك من الكلام على كتابه « التاريخ الكبير المظفري » .

مما يدل على اعتماد القاضي شهاب‌الدين ابن ابي الدم عند المؤرخين واشتهاره بينهم ، وتوثيقه لديهم .

أما في الأدب فقد ذكر المترجمون له أنه كان أديبا له نظم جيد ونثر فائق(٦٤) ، الا أنني لم أجد في ما تيسر لي من مصادر شيئا من نظمه ، وقد أفادني العلامة الدكتور بشار عواد معروف بما نصه :

« لم يذكر ابن الشعار الموصلي (المتوفى ٦٥٤هـ) في كتابه عقود الجمان في شعراء هذا الزمان(٦٥) القاضي شهاب‌الدين أبا اسحاق ابراهيم ابن عبدالله المعروف بابن أبي اللدم مع أنه من شرطه ، لأنه اشترط أن يذكر كل من له أدنى عناية بالشعر بعد الستمائة ، وقد ذكر من هو أقل منه » .

---

(٦٣) المحامي عباس العزاوي : التعريف بالمؤرخين : ٦١/١ .

(٦٤) سير أعلام النبلاء ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب ، طبقات ابن قاضي شهبة الورقة ٧٨/أ ، شذرات الذهب : ٢٦٣/٥ ، صلة التكملة لوفيات النقلة الورقة : ٢٠٨ ، تاريخ الاسلام الكبير للذهبي الورقة : ١٤/أ ، الوافي بالوفيات : ٣٣/٦ ـ ٣٤ .

(٦٥) ابن الشعار الموصلي : عقود الجمان في شعراء هذا الزمان ـ مخطوط مصور عن نسخة مكتبة أسعد أفندي التي هي بخط المؤلف في خزانة الدكتور بشار عواد معروف .

وعلى كل حال فقد أهلته منزلته العلمية وأستاذيته لكثير من أهل العلم في حماة لأن تكون له حظوة عند صاحب حماة ، يعتمد عليه ويجعله ممثلا لـه وسفيرا الى الدول القائمة آنذاك ، بما أوتي من علم وحذق وبصيرة بالأمور العلمية والاجتماعية والسياسية القائمة آنذاك .

مؤلفـــاته :

ترك القاضي شهاب الدين أبو اسـحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم جملة صالحة من الكتب تدل على فضله وعلمه منها :

١ ـ كتاب أدب القضاء :

وهو هذا الكتاب ، وسنفرد له كلاما مستقلا .

٢ ـ كتاب ايضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط للغزالي :

ذكره اسماعيل باشـا البغدادي[٦٦] ، ومنه نسخة مخطوطة في دار الكتب المصرية[٦٧] برقم ٢٨٢ فقه شافعي .

٣ ـ التاريخ الكبير المظفري :

ذكـره الصـفدي[٦٨] ، والذهبي[٦٩] ، وأبو الفـدا[٧٠] ، وابن الوردي[٧١] ، وابن قاضي شهبة[٧٢] .

---

(٦٦) هدية العارفين : ١/١١ ، وانظر ما قاله بروكلمان بشأنه في ترجمة الغزالي : C. Brockelmann: S. 1: 751

(٦٧) انظـر فهرس الكتب العربيـة الموجودة بالدار لغاية ١٩٢١ ج ١ ص ٥٠٠ ، ٥٤٠ .

(٦٨) الوافي بالوفيات : ٦/٣٤ .

(٦٩) تاريخ الاسلام للذهبي : الورقة ١٤/أ .

(٧٠) المختصر في أخبار البشر مجلد ٢ قسم ٢ ص ٧٦ .

(٧١) تاريخ ابن الوردي : ٢/٢٥٠ ـ ٢٥١ .

(٧٢) طبقات ابن قاضي شهبة : الورقة ٧٨/أ .

وتسميته بالتاريخ الكبير كانت تمييزا له عن كتابه الآخر في التاريخ ، الذي سيأتي .

وقد سماه حاجي خليفة مرة : (التاريخ المظفري)[٧٣] وأخرى : (المظفري في التاريخ)[٧٤] ، وقد تصحف اسمه في الاعلان بالتوبيخ لمن ذم التاريخ الى (التاريخ المقفى)[٧٥] وقد نبه محققه الى ذلك التصحيف[٧٦] .

والتاريخ المظفري وضعه القاضي شهاب الدين باسم الملك المظفر (تقي الدين محمود ابن الملك المنصور محمد بن المظفر تقي الدين عمر ابن شاهنشاه بن أيوب المتوفى ٦٤٢هـ) صاحب حماة[٧٧] .

وهو غير كتاب (المظفري في علم التاريخ) المنسوب الى المظفر بالله أبي بكر محمد بن عبدالله بن مسلمة التجيبي الذي ذكره ابن خلكان في

---

(٧٣) كشف الظنون : ١/٣٠٥ .
(٧٤) كشف الظنون : ٢/١٧٢٢ .
(٧٥) الاعلان بالتوبيخ (ط : القدسي) ص ١٤٧ ، ١٥٢ ، وطبعة الدكتور صالح العلي : ٣٠٦ ، ٣١٥ ، وطبعة روزنثال ضمن كتاب علم التاريخ عند المسلمين ترجمة الدكتور صالح العلي : ٦٧٥ ، ٦٨٣ .
(٧٦) والذي نبه على ذلك هو الدكتور صالح العلي فانظر طبعته للاعلان ص ٣٠٦ وص ٣١٥ في الهامش ، وترجمته لكتاب علم التاريخ عند المسلمين ٦٧٥ ، ٦٨٣ في الهامش أيضا .
(٧٧) ترجم له الملك الأشرف الغساني في العسجد المسبوك : ٥٣٣ ، مفرج الكروب : ٥/٣٤٦ ، تاريخ ابن الوردي : ٢/٢٥٠ ، الاعلام (ط ٤) : ٧/١٨٢ ، وما ذكره محقق المطبوعة من مصادر ترجمته (أدب القضاء : ص ١٢ من المقدمة) ليست له فان الذي ذكر في الوفيات وطبقات السبكي والنجوم الزاهرة ليس هو بل كان المقصود عند بعضهم جده وعند الآخرين حفيده ، ولم يترجموا له فلينظر ذلك .

ترجمة يوسف بن تاشفين[٧٨] .

والتاريخ الكبير المظفري كتاب جليل دون فيه المؤلف معلومات قيمة قال عنه حاجي خليفة : وهـو تاريخ يختص بالملة الاسلامية[٧٩] وفي موضع آخر قال : وهـو كتاب جامع يختص بالملـة الاسلامية في ست مجلدات ذكره المؤيد في أول مختصره وهو من مآخذه[٨٠] .

وقـد رتب القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق بن أبي الدم كتـاب التاريخ الكبير المظفري على الأحرف الهجائية مبتدئا بالسيرة النبوية ، وقد وصفه ووصف كتابه الآخر الحافظ شمس‌الدين السخاوي حين ذكر من ألف في مطلق التاريخ **فقال :**

« وللقاضي الفقيـه الشـهاب أبي اسـحاق ابراهيم بن عبـدالله بن عبدالمنعم بن أبي الدم عصري ابن الصلاح كتاب مفيد ، بل له آخر على الحروف ابتـدأه بسيرة نبوية ثم بالفقهاء ، ثم بالمتكلمين ثم بالمحدثين ثم بالزهاد ، ثم بالنحاة واللغويين والمفسرين والوزراء والمقدمين ثم الشعراء ، كل هؤلاء من المحمدين ، ثم سرد الكاتب على الحروف مبتدئا بالصحابة ثم بالخلفاء على الترتيب المذكور وختم بالنساء في كل حرف وسماه (التاريخ

---

(٧٨) وفيـات الأعيـان : ١٢٣/٧ ، ضمن الترجمة رقم ٨٤٤ ، وانظـر كشف الظنون : ١٧٢٢/٢ .

(٧٩) كشف الظنون : ٣٠٥/١ .

(٨٠) كشف الظنون : ١٧٢٢/٢ ويقصد بالمؤيد : عمادالدين اسماعيل الملك المؤيد المعروف بأبي الفدا ومختصره هو كتاب المختصر في أخبار البشر فانظر ذلك في المختصر : ٣/١ ، وقد ذكر ذلك عمر فروخ في كتابه تاريخ الأدب العربي ٧٤١/٣ و ٧٦٨ .

المقفى) (كذا وهو تصحيف المظفري)[٨١] وقفت منه على مجلد كان عند الجمال بن سابق منه ثلاث مجلدات ، بل عنده التاريخ الآخر »[٨٢].

وقد نال التاريخ الكبير المظفري عناية من المؤرخين القدامى واعتمدوه ونقلوا عنه .

فقد كان أحد المصادر التي رجع اليها ابن واصل[٨٣] وابن شداد[٨٤] والسخاوي[٨٥] وأبو الفدا[٨٦] وابن الوردى[٨٧] وابن حجر العسقلاني[٨٨] وغيرهم ، كان كتابه « خير مرجع لهم فهو مؤرخ عصره

---

(٨١) نبه محقق كتاب الاعلان بالتوبيخ الى ذلك التصحيف كما مر قبل قليل .

(٨٢) الاعلان بالتوبيخ لمن ذم التاريخ (طبعة القدسي) : ١٤٧ ، وطبعة الدكتور صالح العلي (بغداد) ٣٠٦ ، وعلم التاريخ عند المسلمين : ٦٧٥ .

(٨٣) مفرج الكروب : ١٤٧/١ ، ١٧٤/٤ ، ٢٧٠ ، ٨٥/٥ ، ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ .

(٨٤) الاعلاق الخطيرة : جـ ٣ القسم الأول ص ٣٢ ، جـ ٣ قسم ٢ ص ٥٨٠ .

(٨٥) الاعلان بالتوبيخ (ط القدسي) : ٢٥ ، ٨٩ ، ١٤٧ ، ١٥٢ ، ١٥٣ وط : بغداد : ٥٠ ، ١٦٠ ، ٢١٠ ، ٣٠٦ ، ٣١٥ ، ٣١٨ : وعلم التاريخ عند المسلمين : ٢٠٤ ، ٤١٨ ، ٥٢٨ ، ٥٧٨ ، ٦٧٤ : ٦٨٣ ، ٦٨٦ .

(٨٦) أبو الفدا : المختصر في أخبار البشر : ٣/١ ، وتاريخ الأدب العربي لعمر فروخ : ٧٤١/٣ .

(٨٧) تاريخ ابن الوردي جـ ١ ص ١ ، وانظر تاريخ الأدب العربي لعمر فروخ ٧٦٨/٣ .

(٨٨) الاصابة : ٣١٨/٢ في ترجمة عبدالله بن صوريا .

وكانت له المكانة المقبولة » اذ نال شهرة طيبة كما يقول العزاوي(*) .

وتبقى كتابته مصدرا مهما في تاريخ الحروب الصليبية والعصر الأيوبي(٨٩) لأنه عاش ذلك العصر وشاهد حوادثه ، ولأهميته تلك ترجم الايطاليون منذ وقت مبكر القسم الخاص بصقلية وطبعوه في بالرمو سنة ١٦٥٠م(٩٠) .

ولهذا الكتاب نسخ مخطوطة ذكرها العلامة بروكلمان(٩١) وغيره واحدة منها في بانكى فور بالهند(٩٢) ورقمها ٢٨٦٨ في ١٩٧ ورقة وأخرى في مكتبة غوطا بألمانيا(٩٣) ورقمها ١٧٧ وهي تاريخ للخلفاء والملوك والوزراء والعلماء والشعراء وثالثة في مكتبة (ديار بكر عثمان أوجاق)(٩٤) وهي مكتبة خاصة بمدينة آمد في تركيا في نحو ١٠٠ ورقة

(*) عباس العزاوي : التعريف بالمؤرخين ج ١ ص ٦١ ، وانظر بدري محمد فهد : أدب القضاء بحث في مجلة المورد المجلد ٢ العدد ٢ ١٩٧٣ ، ص ٢٠٩ .

(٨٩) انظر عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم الحموي مؤرخ العصر الأيوبي الأول : مجلة التراث العربي العدد ٢ السنة الاولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٢٤ .

(٩٠) انظر :
C. Brock. G. 346, F. Rosenthal, Encgclop. 3/683
وانظر دائرة المعارف للبستاني : ٣٠٣/٢ ، تاريخ آداب اللغة العربية لزيدان : ٨١/٣ ، الاعلام ط ٤ ج ١ ص ٤٩ .

(٩١) C. Brock. G. 1 : 346, S. 1 : 488.

(٩٢) نفس المصدر وانظر تذكرة النوادر ص ٨٢ ، رقم ٩٢ والاعلام للزركلي : ط ٤ ، ٤٩/١ .

(٩٣) د. مصطفى جواد هامش ص ٢٩٦ من تكملة اكمال الاكمال لابن الصابوني .

(٩٤) د. رمضان ششن : نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا المجلد الأول ص ٢٢ رقم ١٥ .

ضمن مجموع كتب سنة ١٠٠٣هـ .

ورابعة في مكتبة البلدية بالأسكندرية[٩٥] ورقمها ١٢٩٢ ب في ٢٤٣ صفحة ومنها صورة في معهد المخطوطات[٩٦] رقمها ٦٠٤ تبدأ هي ونسخة تركيا بقوله الحمد لله الأول الآخر الباطن الظاهر الغافر ... ثم يقول : وجعلته تاريخا اسلاميا ابتدىء فيه بعون الله بذكر المصطفى صلوات الله عليه وآله وسلامه وذكر نسبه وسيرته من ابتداء نشوئه والى بعد وفاته صلى الله عليه وسلم ، ثم انشأت بعد ذلك ذكر الخلفاء خليفة خليفة على سياق السنين الهجرية واذكر في ولاية كل خليفة من كان في زمنه من العلماء والفضلاء والمستحسن من أخبارهم وماجرياتهم على سبيل الاختصار وأختم ذلك كله بذكر ولاية مولانا السلطان المظفر أعز الله أنصاره ونصره ورفع في الدنيا والآخرة قدره .

والذي يبدو لي أن نسخة تركيا ونسخة مكتبة البلدية بالاسكندرية هما نسختان من كتابه المختصر الذي ألفه في التاريخ الذي سيأتي الآن بدليل أن المؤلف يقول في الصفحة ٢٣٣ من نسخة الاسكندرية : « وقد سقنا أخباره جملا في التاريخ الكبير وهذا المختصر لا يليق به التطويل »[٩٧] .

---

(٩٥) المكتبة البلدية بالأسكندرية فهرس وضعه أحمد أبو علي (شركة المطبوعات المصرية بالاسكندرية ١٣٤٣/١٩٢٥) المجلد الأول ص ٤٠ .

(٩٦) فؤاد سيد : فهرس المخطوطات المصورة (التاريخ) قسم ٢ جـ ٢ مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٦ ص ٣١ ـ ٣٢ .

(٩٧) التاريخ المظفري مخطوط (نسخة الاسكندرية) ص ٢٣٣ .

٤ ـ تاريخ ابن أبي الدم :

ذكـره ابن قاضي شهبة[٩٨] والسخاوي[٩٩] وابن العمـاد[١٠٠] وحـاجي خليفـة[١٠١] وحسـن التونكـي[١٠٢] وبروكلمـان[١٠٣] وروزنتال[١٠٤] وجرجي زيدان[١٠٥] وعمـر رضـا كحالة[١٠٦] الى جانب ذكرهم لكتابه الآخر (التاريخ الكبير المظفري) .

وهو كتاب مختصر يتناول تاريخ الاسلام يبدأ بسيرة الرسول صلى الله عليه وسلم وهو حوادث ووفيات مرتبا على السنين الى سنة ٦٢٨هـ وفيـه معلـومات قيمـة عن عصـره اسـتفاد منهـا مؤرخـو الحـروب الصليبية[١٠٧] .

---

(٩٨) طبقات الشافعية مخطوط ـ الورقة ٧٨ آ .
(٩٩) الاعلان بالتوبيخ (ط القدسي) ص ١٤٨ وط بغداد ٣٠٦ ، وعلم التاريخ عند المسلمين ٦٧٥ .
(١٠٠) شذرات الذهب : ٥/٢١٣ .
(١٠١) كشف الظنون : ١/٢٧٦ .
(١٠٢) معجم المصنفين : ٣/٢١١ .
(١٠٣) C. Brock. G. 1 : 346.
(١٠٤) F. Rosenthal: Encyclop. 3 : 683.
(١٠٥) تاريخ آداب اللغة العربية جـ ٣ ص ٨١ .
(١٠٦) معجم المؤلفين : ١/٥٣ .
(١٠٧) انظر على سبيل المثال د. سهيل زكار : مدخل الى تاريخ الحروب الصليبية (دار الفكر دمشق ط ٣ ١٩٧٥) ٧٨ ، ١٣٣ ، ١٣٧ ، ١٥١ ، ١٦٥ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٢ ١٧٣ ، ١٧٩ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٥ ، ٢١٦ ، وانظر عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم مؤرخ العصر الأيوبي الأول : مجلة التراث العـربي العـدد ٢ السنة الأولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٢٨ .

وقد ذكر العلامة بروكلمان(١٠٨) أن لهذا التاريخ نسخا خطية : منها واحدة في بتنا بالهند وأخرى في البودليان وثالثة في بانكى بور في الهند •

وذكر جرجي زيدان(١٠٩) أن للكتاب نسخة خطية في أوكسفورد • ويمكن اعتبار نسختى التاريخ المظفري الموجودتين في المكتبة البلدية وفي تركيا اللتين مرت الاشارة اليهما هناك نسختين من هذا الكتاب لتطابق أوصافهما عليه •

٥ ـ تدقيق العناية في تحقيق الرواية :

ذكره العلامة بروكلمان(١١٠) وذكر له نسخة مخطوطة في الجزائر رقمها ٥٤٤ • وعنه نقل الزركلي(١١١) وكحالة(١١٢) وجرجي زيدان(١١٣) وهو كتاب في مصطلح الحديث(١١٤) •

٦ ـ شرح مشكل الوسيط :

والوسيط في الفروع كتاب اختصره الامام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي المتوفى ٥٠٥هـ من كتابه البسيط(١١٥) ، مع

---

(١٠٨) C. Brock. G. 1 : 346, S. 1 : 488.

(١٠٩) تاريخ آداب اللغة العربية : ٨١/٣ •

(١١٠) انظر : C. Brock. G. 1 : 346.

(١١١) الاعلام ط ٤ ٤٩/١ •

(١١٢) معجم المؤلفين : ٥٣/١ •

(١١٣) تاريخ آداب اللغة العربية ٨١/٣ •

(١١٤) انظر : F. Rosenthal: Encyclop III: 683.
وانظر عدنان قيطاز ابراهيم بن أبي الدم الحموي مؤرخ العصر الأيوبي مجلة التراث العربي مصدر سابق ذكره : ٢٢٩ •

(١١٥) كشف الظنون : ٢٠٠٨/٢ •

زيادات والبسيط في الأصل هو كالاختصار لنهاية المطلب في درايه المذهب[116] لامام الحرمين الجويني المتوفى ٤٧٨هـ ، والوسيط هو احد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية[117] وقد شرحه واختصره كثيرون وممن شرحه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن ابي الدم الحموي ، وقد وقع شرحه في نحو حجم الوسيط مرتين[118] ، شرح فيه مشكله ، وهو شرح مشتمل على نكت غريبة كما يقول حاجي خليفة[119] ، وسماه السبكي[120] « شرح الوسيط » ونقل عنه مسألة[121] وسماه الذهبي[122] « مشكل الوسيط » .

وقد ثبتنا تسميته نقلا عن ابن قاضي شهبة (٧٨ آ) وعن تقي الدين السبكي والد صاحب الطبقات الذين نقل عنه مسألة فقهية[123] وعن حاجي خليفة[124] وعن ابن العماد[125] ولعل له صلة بكتاب ايضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط[126] .

---

(١١٦) مفتاح السعادة : ٣/٣٤١ ، وكشف الظنون : ١/٢٤٥ .
(١١٧) النووي : تهذيب الأسماء واللغات : جـ ١ قسم ١ : ص ٢ ، كشف الظنون : ٢/٢٠٠٨ .
(١١٨) طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة الورقة ٧٨ أ .
(١١٩) كشف الظنون : ٢/٢٠٠٨ وقال ابن قاضي شهبة : فيه أعمال كثيرة وفوائد غريبة ، طبقات الشافعية مخطوط : الورقة ٧٨ أ .
(١٢٠) طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٦ .
(١٢١) طبقات الشافعية ٨/١١٩ .
(١٢٢) سير أعلام النبلاء مخطوط جـ ١٣ الورقة ٢٤٩ .
(١٢٣) فتاوى السبكي : ٢/٤٧٤ .
(١٢٤) كشف الظنون : ٢/٢٠٠٨ .
(١٢٥) شذرات الذهب : ٥/٢١٣ .
(١٢٦) انظر فهرس الكتب العربية الموجودة بالدار لغاية ١٩٢١ جـ ١ ص ٥٣٨ في مادة مشكلات الوسيط ، وانظر الفقرة ٣٩٤ ، ٤٨٤ .

٧ ـ فتاوى ابن أبي الدم :

ذكرها حاجي خليفة[١٢٧] بهذا الاسم وسماها اسماعيل باشا البغدادي[١٢٨] « الفتاوى » .

وقد أشار اليها المؤلف في هدا الكتاب[١٢٩] بقوله « وقعت هذه المسألة عندنا في الفتاوى فقلت .. » وقد نقل الدميري في حياة الحيوان شيئا من فتاواه[١٣٠] .

٨ ـ الفرق الاسلامية :

ذكره الصفدي[*] والذهبي[١٣١] وابن قاضي شهبة[١٣٢] والأسنوي[٣٣] وابن شاكر الكتبي[*] والعماد الحنبلي[١٣٤] واسماعيل باشا البغدادي[١٣٥] وذكره حاجي خليفة مرتين[١٣٦] وعمر رضا كحالة[١٣٧] والتونكي[١٣٨] وبروكلمان[١٣٩] وذكر ان له نسخة خطية

---

(١٢٧) كشف الظنون : ١٢١٨/٢ .
(١٢٨) هدية العارفين : ١١/١ .
(١٢٩) أدب القضاة الفقرة ٤٦٠ ، ٤٧٩ .
(١٣٠) حياة الحيوان الكبرى (مادة الزرافة) : ج ٢ ص ٦ .
(*) الوافي بالوفيات : ٣٤/٦ .
(١٣١) سير اعلام النبلاء مخطوط ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب .
(١٣٢) طبقات الشافعية (مخطوط) الورقة ٧٨ آ .
(١٣٣) طبقات الشافعية : ٥٤٦/١ .
(١٣٤) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .
(*) فوات الوفيات : ٣٧/٢ ، ٦١ .
(١٣٥) هدية العارفين : ١١/٢ .
(١٣٦) كشف الظنون : ١٢٥٥/٢ ، ١٤٤٦ .
(١٣٧) معجم المؤلفين : ٥٤/١ .
(١٣٨) معجم المصنفين : ٢١١/٣ ـ ٢١٢ .
(١٣٩) انظر : C. Brockelmann, G. 1 : 346, S. 1 : 488.

في مسجد فاتح في تركيا رقمها ٣١٥٣ وقد ورد فيها العنوان : (ذكر جماعة من أهل الملل والنحل)[١٤٠] وروزنثال[١٤١] نقلا عن ريتر ، وذكره البستاني[١٤٢] .

وذكره الدكتور مصطفى جواد وقال عنه : وكتابه (الفرق الاسلامية) نقل عنه المؤرخون كالذهبي والصفدي وابن شاكر الكتبي والسيوطي في مؤلفاتهم[١٤٣] .

وتوجد منه نسخة خطية في مكتبة خراجي أوغلي في مدينة بورصة في تركيا برقم ١٣٠٩ كتبت سنة ٧٤٠هـ من ٥٢آ ـ ١٦٢ نسخة ناقصة الموجود منها من أول الازارقة الى آخر الكتاب[١٤٤] .

٩ ـ شرح الوسائل للغزالي في الفروع :

ذكره اسماعيل باشا البغدادي[١٤٥] . وربما كانت تسميته مصحفة عن شرح الوسيط للغزالي الذي مرت الاشارة اليه .

١٠ ـ شرح التنبيه :

ذكره الدميري[١٤٦] ونقل عنه مسألة فقهية ، وأشار اليه

(١٤٠) C. Brockelmann, S. 1 : 488.

(١٤١) Encyclop. 3 : 683.

(١٤٢) دائرة المعارف : ٢/٣٠٣ .

(١٤٣) حاشية ص ٢٩٦ من كتاب تكملة اكمال الاكمال لابن الصابوني .

(١٤٤) د. رمضان ششن : نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا المجلد الأول ص ٢٢ .

(١٤٥) هدية العارفين : ١/١١ .

(١٤٦) حياة الحيوان الكبرى (مادة الزرافة) جـ ٢ ص ٦ .

روزنتال[147] نقلا عن الدميري .

والتنبيه[148] مختصر فقهي وضعه الشيخ أبو اسحاق الشيرازي[149] صاحب المهذب وهو أحد الكتب المشهورة المتداولة بين الشافعية ، بل أكثرها تداولا ، وقد شرحه غير واحد[150] .

١١ ـ كتب أخرى :

وربما كانت هناك كتب أخرى للمؤلف تكشف عنها الأيام بعد طبع فهارس خزائن المخطوطات في العالم التي بدأت بالظهور في الآونة الأخيرة لاسيما خزائن مخطوطات تركيا وايران والهند . ففيها ما لا يحصى من الكتب الخطية لا نعرف عنها شيئا .

وفاته :

قال الذهبي :

« توفي العلامة شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله ... في جمادى الآخرة سنة اثنتين وأربعين وستمائة ، وله ستون سنة سوى أشهر رحمه الله[151] .

ويوافق ذلك سنة ١٢٤٤م[152] .

وحدد شرف الدين الحسيني[153] وفاته بأنها كانت في النصف من

---

(١٤٧) انظر : Encyclop. 3 : 683.

(١٤٨) تهذيب الأسماء واللغات جـ ١ قسم ١ ص ٢ ، وانظر كشف الظنون : ٤٨٩/١ .

(١٤٩) المتوفى ٤٧٦هـ المترجم له في تعليقات الفقرة ٩٠ من أدب القضاء .

(١٥٠) كشف الظنون : ٤٨٩/١ ـ ٤٩٣ .

(١٥١) سير أعلام النبلاء (مخطوط) : جـ ١٣ الورقة ٢٤٩ ب .

(١٥٢) أخذنا مقابلة وفاته بالتاريخ الميلادي عن بروكلمان (بالالمانية) الأصل : ٣٤٦/١ ، وعن الأعلام (ط : ٤) ٤٩/١ ، وعن معجم المؤلفين : ٥٣/١ ، وعن دائرة المعارف للبستاني : ٣٠٣/٢ .

(١٥٣) صلة التكملة (مخطوط) الصفحة : ٢٠٨ .

جمادى الآخرة .

وقد ذكر حاجي خليفة في حرف التاء[١٥٤] (تاريخ ابن أبي الدم) أن وفاته كانت سنة ٦٥٢ وهو سهو ، وقد ذكره في سائر الحروف[١٥٥] على التاريخ الذي ذكرناه أولا .

ووردت وفاته في معجم المصنفين للتونكي وهو ينقل كلام حاجي خليفة أنها كانت ٨٤٢هـ وذلك سهو ، لأن حاجي خليفة ذكر وفاته بعدها أنها كانت سنة ٦٤٢هـ .

وقد حكى ابن واصل سبب وفاته في حوادث سنة ٦٤٢ « ولما توفى الملك المظفر صاحب حماة سير القاضي شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن أبي الدم قاضي حماه الى بغداد رسولا الى الخليفة المستعصم بالله مخبرا بوفاة الملك المظفر ومعه زردينه وسيفه ولامة حربه ، فلما وصل الى المعرة مرض بالدوسنطاريا فعاد الى حماة فمات بها يوم وصوله اليها ... »[١٥٦] .

وقال أبو الفدا في حوادث سنة ٦٤٢ أيضا .

« وفيها توفى القاضي شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن علي بن محمد الشافعي عرف بابن أبي الدم قاضي حماة وكان قد توجه في الرسلية الى بغداد فمرض في المعرة وعاد الى حماة مريضا فتوفى بها ... »[١٥٧] .

---

(١٥٤) كشف الظنون : ٢٧٦/١ .
(١٥٥) كشف الظنون : ٤٧/١ ، ٣٠٥ ، ١٢١٨/٢ ، ١٢٥٥ ، ١٤٤٦ ، ١٧٢٢ ، ٢٠٠٨ .
(١٥٦) مفرج الكروب جـ ٥ ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧ .
(١٥٧) المختصر في أخبار البشر جـ ٦ ص ٧٦ .

الباب الثاني

في كتاب أدب القضاء

ويضم هذا الباب ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في الكتب المؤلفة في أدب القضاء

الفصل الثاني : في حالة القضاء وتطوره الى عهد المؤلف

الفصل الثالث : في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم

الفصل الأول

في الكتب المؤلفة في أدب القضاء

كتب القضاء :

لما كان مبحث القضاء من فروع الفقه ، ومجالا من مجالاته التطبيقية التي تكثر الحاجة اليهـا في الحياة العملية يوميا وبصورة تفصيلية دأب الفقهاء على أن يدرسوه في كتبهم الفقهية ، فلا تجد كتابا فقهيا الا وقـد أفرد له بابا مستقلا •

ولما توسعت مناحي الحياة ، وتجددت حادثات كثيرة ، فزع الفقهاء الى النصوص الشرعية ، لاستنباط الاحكام الفقهية لهـا ، واختلفت تلك الأحكام باختلاف سبل الاستنباط والاصول التي سار عليها الفقهاء ، نكثر الكلام وتفرعت الفروع ، فمست الحاجة الى افراد مباحث القضاء بكتب مستقلة ظهرت جنبا الى جنب مع الكتب الفقهية الموسعة التي تناولت هي الأخرى مباحث القضاء بالشرح والتفصيل ، فكانت هناك طائفة من الكتب الفت قبل صاحبنا رجع اليها واستفاد منها ، وكتب أخرى الفت بعده ، وها نحن نذكر في ما يلي ما وقفنا عليه في ما ألف في أدب القضاء قبـل المؤلف وبعده في المذاهب الأربعة :

ما الف في أدب القضاء قبل المؤلف وبعده

في المذاهب الأربعة

أولا : كتب أدب القضاء في المذهب الحنفي :

١ ـ أدب القاضي لأبي يوسف يعقوب بن ابراهيم[١] (المتوفى ١٨٢هـ) وقد شرحه جماعة منهم :

أ ـ أبو جعفر محمد بن عبدالله الهندواني[٢] (المتوفى ٣٦٢هـ) .

ب ـ أبو بكر محمد بن أحمد بن ابي سهل السرخسي[٣] (المتوفى ٤٨٣هـ) .

جـ ـ برهان الائمة عمر بن عبدالعزيز بن مازة الصدر الشهيد[٤] (المتوفى ٥٣٦هـ) .

٢ ـ أدب القاضي لمحمد بن الحسن الشيباني[٥] (المتوفى ١٨٩هـ) .

٣ ـ أدب القاضي للحسن بن زياد اللؤلؤي[٦] (المتوفى ٢٠٤هـ) .

٤ ـ أدب القاضي لمحمد بن سماعة[٧] (المتوفى ٢٣٣هـ) .

---

(١) الفهرست لابن النديم : ٣٠٠ ، كشف الظنون : ٤٦/١ .
(٢) هدية العارفين : ٤٧/٢ .
(٣) المرجع نفسه : ٧٦/٢ .
(٤) المرجع نفسه : ٧٨٣/١ .
(٥) شرح أدب القاضي للخصاف تاليف برهان الأئمة الصدر الشهيد ٢١٥/١ ، ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٣٤ .
(٦) الفهرست : ٣٠٢ .
(٧) الفهرست : ٣٠٣ ، الفوائد البهية : ١٧٠ ، تاج التراجم : ٥٥ ، مفتاح السعادة : ٢٦١/٢ ، كشف الظنون : ٤٦/١ .

٥ ـ أدب القاضي لابى بكر أحمد بن عمر الخصاف[٨] (المتوفى ٢٦١هـ)
وقد شرحه كثيرون منهم :

أ ـ أبو جعفر محمد بن عبدالله الهندواني[٩] (المتوفى ٣٦٢هـ) .
ب ـ أبو بكر أحمد بن علي الجصاص[١٠] (المتوفى ٣٧٠هـ) .
جـ ـ أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري[١١] (المتوفى ٤٣٨هـ) .
د ـ شمس الائمة عبدالعزيز بن أحمد الحلواني[١٢] (المتوفى ٤٥٦هـ) .

هـ ـ علي بن الحسين السغدي[١٣] (المتوفى ٤٦١هـ) .

و ـ شمس الائمة محمد بن أحمد السرخسي[١٤] (المتوفى ٤٨٣هـ) .

ز ـ أبو بكر محمد المعروف بخواهر زادة[١٥] (المتوفى ٤٨٣هـ) .

ح ـ برهان الائمة حسام الدين عمر بن مازة الصدر الشهيد[١٦]

---

(٨) الفهرست : ٣٠٤ ، الجواهر المضية : ١/٨٨ ، هدية العارفين : ١/٤٩ ، كشف الظنون : ١/٤٦ ، مفتاح السعادة : ٢/٢٧٧ .
(٩) كشف الظنون : ١/٤٦ .
(١٠) المرجع نفسه .
(١١) المرجع نفسه .
(١٢) المرجع نفسه .
(١٣) المرجع نفسه .
(١٤) المرجع نفسه .
(١٥) المرجع نفسه .
(١٦) المرجع نفسه وقد قمنا بتحقيقه وطبعه في أربعة أجزاء بغداد ١٩٧٧ ـ ١٩٧٨ .

(المتوفى ٥٣٦هـ) ٠

ط ـ فخر الدين الحسن بن منصور الاوزجندي المعروف بقاضيخان[١٧] (المتوفى ٥٩٢هـ) ٠

ي ـ محمد بن أحمد القاسمي الخجندي (المتوفى بعد ٩٢٠هـ)[١٨]٠

٦ ـ أدب القاضي والقضاء لأبى المهلب هيثم بن سليمان القيسي[١٩] (المتوفى حوالي ٢٧٥هـ) ٠

٧ ـ أدب القاضي للقاضي ابى خازم عبدالحميد بن عبدالعزيز الحنفي[٢٠] (المتوفى ٢٩٢هـ) ٠

٨ ـ أدب القاضي لأبى جعفر أحمد بن اسحاق الانباري النحوي[٢١] (المتوفى ٣١٧هـ) ٠

٩ ـ أدب الحكام الكبير وأدب الحكام الصغير للطحاوي[٢٢] (أحمد بن محمد المتوفى ٣٢١هـ) ٠

١٠ـ أدب القاضي لابى حامد أحمد بن بشر المروزي[٢٣] (المتوفى ٣٦٢هـ) ٠

١١ـ أدب القاضي للقدوري[٢٤] (أحمد بن محمد المتوفى ٤٢٨هـ) ٠

---

(١٧) كشف الظنون : ١/٤٦ ٠
(١٨) المرجع نفسه ٠
(١٩) مطبوع بتونس ١٩٧٠ بتحقيق فرحات الدشراوي ٠
(٢٠) الفهرست : ٣٠٧ ، كشف الظنون : ١/٤٦ ٠
(٢١) الجواهر المضية : ١/٥٧ ، كشف الظنون : ١/٤٦ ٠
(٢٢) روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني : ج ١ ص ١١ ٠
(٢٣) البصائر والذخائر للتوحيدي : ٨٣ ٠
(٢٤) هدية العارفين : ١/٧٤ ٠

١٢- روضة القضاة وطريق النجاة لابن السمناني[٢٥] (علاءالدين علي بن محمد الرحبي المتوفى ٤٩٩هـ) •

١٣- أدب القاضي لشمس الائمة ابى بكر عمر بن الزرنجري[٢٦] (المتوفى ٥٤٨هـ) •

١٤- فصول الاحكام لأصول الاحكام لابي الفتح عبدالرحيم بن أبى بكر ابن عبدالجليل المرغيناني[٢٧] (بعد ٦٥١هـ) •

١٥- أدب القاضي لابى العباس أحمد بن ابراهيم السروجي[٢٨] (المتوفى ٧١٠هـ) •

١٦- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام لعلاءالدين ابى الحسن علي بن خليل الطرابلسي[٢٩] (المتوفى ٨٨٤هـ) •

١٧- لسان الحكام في معرفة الاحكام لابى الوليد ابراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة[٣٠] (المتوفى ٨٨٢هـ) •

١٨- الفواكه البدرية لبدرالدين محمد بن محمد المعروف بابن الغرس المصري[٣١] (المتوفى ٩٣٢هـ) •

---

(٢٥) طبع في بغداد ١٩٧٠ بمطبعة أسعد بتحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي •
(٢٦) هدية العارفين : ١/٧٨٥ •
(٢٧) مخطوط بدار الكتب برقم ٣٠٨ فقه حنفي •
(٢٨) هدية العارفين : ١/١٠٤ •
(٢٩) مطبوع في بولاق ١٣٠٠هـ •
(٣٠) مطبوع في الاسكندرية ١٢٩٩ بمطبعة جريدة البرهان •
(٣١) مطبوع بمطبعة النيل مع شرحه المجاني الزهرية •

١٩ـ روضة القضاة في المحاضر والسجلات لمصطفى بن محمد الرومي[٣٢] (المتوفى ١٠٩٧هـ) ٠

٢٠ـ أدب القاضي لأحمد أفندي بن روح‌الله الانصاري[٣٣] (عاش في زمن السلطان مراد) ٠

٢١ـ أدب القضاة كامل المنلى[٣٤] (بعد سنة ١٢٦٧هـ) ٠

ثانيا : كتب أدب القضاء في المذهب الشافعي :

١ ـ أدب القاضي للامام محمد بن ادريس الشافعي[٣٥] (المتوفى ٢٠٤هـ) ٠

٢ ـ أدب القاضي لابى عبيد القاسم بن سلام اللغوي[٣٦] (المتوفى ٢٢٤هـ) ٠

٣ ـ أدب القضاء لابى سعيد الحسن بن أحمد الاصطخري[٣٧] (المتوفى ٣٢٨هـ) ٠

٤ ـ أدب القاضي لابى العباس أحمد بن ابى أحمد المعروف بابن القاص الطبري[٣٨] (المتوفى ٣٣٥هـ) ٠

---

(٣٢) ايضاح المكنون : ١/٥٩٦ ٠
(٣٣) مخطوط بمكتبة ينى جامع باستانبول برقم ٣٥٥ ٠
(٣٤) مطبوع بالقسطنطينية سنة ١٨٥١ انظر معجم المطبوعات وانظر اكتفاء القنوع بما هو مطبوع ١٤٩ ٠
(٣٥) الفهرست : ٣١٠ ٠
(٣٦) كشف الظنون : ١/٤٧ ٠
(٣٧) كشف الظنون : ١/٤٧ ، طبقات الشيرازي : ٩١ ٠
(٣٨) كشف الظنون : ١/٤٧ ، طبقات الشيرازي : ٩١ ٠

٥ ـ أدب القضاء لابى بكر محمد بن أحمد المعروف بابن الحداد المصري[٣٩] (المتوفى ٣٤٥هـ) ٠

٦ ـ أدب القاضي للامام ابى بكر محمد بن علي القفال الشاشي[٤٠] (المتوفى ٣٦٥هـ) ٠

٧ ـ أدب القاضي لابى محمد الحسن بن أحمد المعروف بالحداد البصري[٤١] (من القرن الرابع) ٠

٨ ـ أدب القضاء لابى الحسن محمد بن يحيى بن سراقة العامري[٤٢] (المتوفى ٤١٠هـ) ٠

٩ ـ أدب القضاء لابى منصور عبدالقاهر بن ظاهر البغدادي[٤٣] (المتوفى ٤٢٩هـ) ٠

١٠ـ أدب القاضي من الحاوي الكبير للماوردي[٤٤] (علي بن محمد بن حبيب المتوفى ٤٥٠هـ) ٠

١١ـ أدب القضاء لابى الحسن علي بن أحمد الديبلي[٤٥] (من علماء

---

(٣٩) طبقات السبكي : ٣/٨٠ ، كشف الظنون : ١/٤٧ ، حسن المحاضرة ١/١٢٦ ٠

(٤٠) طبقات الاسنوي : ٢/٢٩٧ ، الاشراف في أدب القضاء : الورقة : ٢/أ ٠

(٤١) طبقات السبكي : ٣/٢٥٥ ٠

(٤٢) المرجع نفسه : ٤/٢١٢ ٠

(٤٣) طبقات ابن هداية الله : ٩٥ ٠

(٤٤) قمنا بتحقيقه وطبعه ج ١ (الارشاد بغداد ١٩٧١) ، ج ٢ (العاني بغداد ١٩٧٢) ٠

(٤٥) كشف الظنون : ١/٤٧ ، طبقات الاسنوي : ٢/٥ ، وفيه انه الزبيلي ٠

القرن الخامس الهجري) .

١٢- أدب القاضي لابى عاصم محمد بن أحمد العبادي الهروي[٤٦] (المتوفى ٤٥٨هـ) .

١٣- الاشراف على غوامض الحكومات لابى سعد محمد بن أحمد الهروي[٤٧] (المتوفى ٥١٨هـ) .

١٤- روضة الحكام وزينة الاحكام للقاضي ابى نصر شريح بن عبدالكريم ابن أحمد الروياني[٤٨] (المتوفى ٥٥٠هـ) .

١٥- أدب القضاء لابى المعالي مجلى بن جميع القرشي[٤٩] (المتوفى ٥٥٠هـ) .

١٦- أدب القاضي لابى سعد السمعاني[٥٠] (عبدالكريم بن محمد المتوفى ٥٦٢هـ) .

١٧- أدب القضاء لابن ابى الدم الحموي الشافعي[٥١] (المتوفى ٦٤٢هـ) وهو الكتاب الذي نقوم بتحقيقه .

١٨- ملجأ الحكام عند التباس الاحكام لابى المحاسن يوسف بن رافع

---

(٤٦) كشف الظنون : ١/٤٧ ، طبقات الاسنوي : ٢/١٩٠ .
(٤٧) كشف الظنون : ١/٤٧ ، طبقات السبكي : ٥/٣٦٥ .
(٤٨) كشف الظنون : ١/٩٢٣ ، ايضاح المكنون : ١/٥٩٢ ، وفي طبقات ابن هداية الله ص ٧٩ انه توفى ٥٠٥هـ ، وفي طبقات الاسنوي : ١/٥٧٠ انه توفى ٥٣١هـ .
(٤٩) طبقات الاسنوي : ١/٥١٢ ، كشف الظنون : ١/٤٧ .
(٥٠) فهرس المكتبة الازهرية : ٢/٩٧ .
(٥١) كشف الظنون : ١/٤٧ ، هدية العارفين : ١/١١ .

الاسدي[٥٢] (المتوفى ٦٣٢هـ) .

١٩ـ أدب القضاة لشرف الدين أحمد بن مسلم بن سعيد القرشي الملحي الدمشقي[٥٣] (المتوفى ٧٩٣هـ) .

٢٠ـ أدب الحكام في سلوك طرق الاحكام لشرف الدين عيسى بن عثمان الغزي[٥٤] (المتوفى ٧٩٩هـ) .

٢١ـ توقيف الحكام على غوامض الاحكام : لشهاب الدين أحمد بن العماد الافقهسي[٥٥] (المتوفى ٨٠٨هـ) .

٢٢ـ أدب القاضي : للقاضي زكريا بن محمد الانصاري[٥٦] (المتوفى ٩١٠هـ) .

٢٣ـ أدب القضاء لجلال الدين عبدالرحمن بن ابي بكـر السيوطي[٥٧] (المتوفى ٩١١هـ) .

٢٤ـ جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود لشمس الدين محمد ابن أحمـد المنهاجي الاسيوطي[٥٨] (من علمـاء القـرن التاسع

---

(٥٢) طبقات السبكي : ٨/٣٦١ .
(٥٣) له نسخة مصورة في المجمع العلمي العراقي عـن نسـخة المكتبـة العباسية بالبصرة انظر مخطوطات المجمع : ١/٥٢ .
(٥٤) لـه نسخة مخطوطة في مكتبة ينى جامع باستانبول برقـم ٣٥٩ ، وانظر ايضاح المكنون : ١/٥٠ .
(٥٥) له نسخة مخطوطة في دار الكتب برقم ٩٠٦ فقه شافعي .
(٥٦) له نسخة في مكتبـة ولي الدين باستانبول برقم ١٤٠١ ، وفي دار الكتب نسخة أخرى باسم عمادالرضا ببيان أدب القضاء برقم ٨٩٦ فقه شافعي ، وانظر كشف الظنون : ١/٤٧ .
(٥٧) كشف الظنون : ١/٤٧ .
(٥٨) مطبوع بمطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ١٩٥٥ ، ج ١ ــ ج ٢ .

والعاشر) .

٢٥- أدب القاضي لجلال الدين محمد بن أحمد المعروف بالمحلى[٥٩] (المتوفى ٨٩٠هـ) .

ثالثا : كتب أدب القضاء في المذهب المالكي :

١ - آداب القضاء : لابى عبدالله اصبغ بن الفرج[٦٠] (المتوفى ٢٢٥هـ) .

٢ - أدب القضاة : لابن عبدالحكم[٦١] (محمد بن عبدالله المتوفى ٢٨٢هـ) .

٣ - الأقضية : لابى القاسم أحمد بن محمد بن زياد المعروف بابن شبطون اللخمي[٦٢] (المتوفى ٣١٢هـ) .

٤ - الاستغناء في آداب القضاء لابى القاسم خلف بن مسلمة بن عبدالغفور[٦٣] (المتوفى ٤٤٠هـ) .

٥ - سر السراة في أدب القضاة للقاضي عياض اليحصبي[٦٤] (المتوفى ٥٥٤هـ) .

٦ - أدب القضاء : لعبدالمنعم بن محمد بن فرس الغرناطي[٦٥] (المتوفى ٥٩٧هـ) .

---

(٥٩) ايضاح المكنون : ١/٥٠ .
(٦٠) الديباج المذهب : ١/٣٠٠ .
(٦١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض : ٢/٦٢ ، الديباج المذهب ٢/١٦٥ .
(٦٢) الديباج المذهب : ١/١٥٦ .
(٦٣) المرجع نفسه : ١/٣٥١ .
(٦٤) المرجع نفسه : ٢/٥٠ .
(٦٥) ايضاح المكنون : ١/٥١ .

٧ ـ تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام لابن فرحون(٦٦) (برهان الدين ابراهيم بن علي المتوفى ٧٩٩هـ) .

٨ ـ العقد المنظم للحكام لابن سلمون المالكي(٦٧) .

٩ ـ تحفة الحكام في نكت العقود والاحكام(٦٨) لقاضي الجماعة أبى بكر محمد بن محمد بن عاصم المالكي القيسي (بعد ٨٣٥هـ) .

١٠ـ المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام للقاضي ابى الوليد هشام بن عبدالله الازدي المالكي(٦٩) (المتوفى ٦٠٦هـ) .

١١ـ أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم للشيخ عبدالله بن محمد ابن فرج المالكي القرطبي المعروف بابن الطلاع(٧٠) (المتوفى ٦٧١هـ) .

رابعا : كتب أدب القضاء في المذهب الحنبلي :

لم نجد عندهم كتابا مستقلا بهذا العنوان ، وانما يتصل بذلك كتب منها :

١ ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم(٧١) (ابى عبدالله محمد بن أبى بكر الزرعي الدمشقي المتوفى ٧٥١هـ) .

---

(٦٦) مطبوع في هامش فتح العلى المالك مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٩٥٨ .
(٦٧) ايضاح المكنون : ٢/١١١ .
(٦٨) كشف الظنون : ١/٣٦٥ .
(٦٩) كشف الظنون : ٢/١٧٧٨ .
(٧٠) مطبوع بمطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦هـ وانظر كشف الظنون ١/١٣ .
(٧١) طبع كثيرا منها في مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٣ .

٢ ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم[٧٢] أيضا .

خامسا : كتب أدب القضاء في المذهب الظاهري :

١ ـ أدب القاضي لداود بن علي بن خلف الاصفهاني[٧٣] (المتوفى ٢٧٠هـ) .

سادسا : كتب أدب القضاء في المذهب الطبري :

١ ـ أدب القاضي لابى جعفر محمد بن جرير الطبري[٧٤] (المتوفى ٣١٠هـ) .

٢ ـ المحاضر والسجلات لابى الفرج المعافى بن زكريا النهرواني[٧٥] ٣١٠هـ) .

سابعا : كتب أدب القضاء في المذهب الزيدي :

١ ـ كتاب القضايا وآداب الحكام لابى النضر محمد بن مسعود العياشي[٧٦] (المتوفى ٣٢٠هـ) .

---

(٧٢) طبع مرات أيضا منها بتحقيق عبدالرحمن الوكيل دار الكتب الحديثة بالقاهرة ١٩٦٩ .

(٧٣) الفهرست : ٣١٨ .

(٧٤) الفهرست : ٣٤١ .

(٧٥) الفهرست : ٣٤٣ .

(٧٦) الفهرست : ٢٨٩ .

الفصل الثاني

في حالة القضاء وتطوره الى عهد المؤلف

١ ـ نظرة في تطور القضاء قبل مجيء المؤلف

القضاء من فروض الكفايات ، يسعى الى اقامة العدالة والحق والتناصف بين الناس .

وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتنازعين ، وتلاه الخلفاء الراشدون من بعده ، محققين العدالة والانصاف في الحكم ، مطبقين النصوص التي جاءت بشأن العدل في الحكم .

وقد استجاب الصحابة لدواعي الانصاف والعدالة بينهم ، وكانوا بما فيهم من قوة الايمان ، يسارعون الى حل مشكلاتهم فيما بينهم ، متحرزين عن الشبهات ، بعيدين عن التخاصم والتناكر ، فاذا تخاصموا الى القضاء فانما كانوا يتخاصمون ليعرفوا حكم الأمور المشتبهة بينهم ، والا فانهم كانوا على تناصف وايثار وتوادد ، بعيدين عن الشحناء والبغضاء والتنافس وهم الذين شهد الله بحقهم بقوله :

« مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ وَالذينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ على الكفَّارِ رُحَمَاءُ بينَهم تَرَاهُمْ رُكَّعاً سُجَّداً يَبْتَغُوْنَ فَضْلاً من اللهِ ورضواناً ... (١)

---

(١) الفتح : ٢٩ .

ومع كل ذلك فانه قـد تحاكموا الى القضاء فقد تحاكم عمر وابي الى زيد ، وعلي واليهودي الى شريح ، وغير ذلك •

وكان اذا شهد الشاهدان بشيء اكتفي بقولهما ، لأن ظاهر حالهما على العدالة ، وتميل أمورهم الى البساطة والورع والتقـوى والمسـامحة والتحرج ، والتحرز عن الشبهات ، والابتعاد عن كل مأثمة ، أو مظلمة ، أو لمم •

ولمـا تقدمت السنون ، وطـرأ ما طـرأ من تغـير الاوضاع وكثرت الخصومات والتناكر بين الناس ، بسبب ضعف الوازع الديني ، ظهرت الحاجة الى اتخاذ المزكين وأصحاب المسائل[2] ، والتدوين في السجلات •

ويروى ان ابن شبرمة قال :

ثلاث لم يعمل بهن أحد قبلي ولم يتركهن أحد بعدي المسألة عن الشهود ، واثبات حجج الخصمين ، وتحلية الشهود[3] •

وقيل ان شريحا هو الذي أحدث تزكية السر ، حتى قيل له : يا ابا أمية قد أحدثت ، فقال : أحدثتم فأحدثنا[4] •

وكانوا يقضون في أي مكان سواء كان ذلك مسجدا أو غيره ، لكن الحاجة بدأت تظهر ، في اتخاذ مكان تتوفر فيه الشروط المناسبة ، فانفصل

---

(٢) الأم للشافعى : ٦/٢٠٩ ، مختصر المزنى : ٥/٢٤٢ ، أدب القاضي للماوردي ٢/٢٢ •

(٣) أدب القاضي للخصـاف : ٣/٢٣ ، وأحكام القـرآن للجصاص : ١/٥٠٦ ، وأخبار القضاة لوكيع : ٣/١٢٠ ، وانظر الفقرة : ١٤٧ من هذا الكتاب •

(٤) أخبار القضاة لوكيع : ٢/٣١٨ ، ٣٦٩ ، شرح أدب القاضي للخصاف ٣/٢٣ •

القضاء عن المسجد ، فكانت له هيئة مستقلة وبناية قائمة •

وبعد أن توسعت المدن ، صار فيها أكثر من قاض ثم لما كثر عدد القضاة في الدولة أصبح لهم هيئة تدير شؤونهم دعت الحاجة الى وجودها ومن هنا كان سبب ظهور منصب قاضي القضاة ، ثم كانت هناك ولاية للمظالم وولاية للحسبة ، وقضاء الجند ، وكل ذلك كان من ضمن عمل القاضي أول الأمر أخذ ينفصل شيئا فشيئا ، بل ربما اقتصر أمر القاضي على النظر في مسائل معينة كالنكاح أو العقود ، أو مقدار معين من المال ، أو على قوم دون قوم كان ينظر بين النساء فقط أو بين الصبيان •

ثم دعت الحاجه الى ايجاد بواب وحاجب وكاتب وقاسم وسجان ومبلغ ومترجم واعوان[٥] •

٢ ـ حالة القضاء في عصر المؤلف

أما في عصر المؤلف ، فقد تطور القضاء كثيرا في تشكيلاته واجراءاته ومواضعه وسلطانه ، نظرا لتبدل الأوضاع ، وكثرة التهارج ، والخصومات ، لقلة الورع ، وظهور الصعوبات الكثيرة أمام تطبيق مقتضيات العدالة •

فقد كانت هناك صيغ خاصة للتقليد مثلا لا يعدل عنها الا بقرائن[٦] •

وكان هناك من يطلب الدخول في القضاء[٧] ويسعى جاهدا للحصول

---

(٥) انظر : النظام القضائي في بغداد في العصر العباسي تأليف عبدالرزاق الانباري (مطبعة النعمان ١٩٧٧) ص ٢٨١ وما بعدها ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ١/٧٢ ـ ٧٣ •

(٦) الفقرة : ٣٤ •

(٧) الفقرة : ٢٧ •

على هذه الوظيفة ، لأنها تدر الرزق الوفير ، بعد أن كان القضاة في الغالب لا يأخذون أجرا[٨] ، ويتحرجون كثيرا من الدخول فيه[٩] .

وكان هناك من يتقدم اليه وهو ليس أهلا له[١٠] ، أو لوجود أفضل منه[١١] ، وما يتطلب ذلك من اجراء امتحان[١٢] لمن هو ليس اهلا له لتعيينه بهذا المنصب .

وكان للقضاء في هذا العصر أمور شكلية وشروط كثيرة ، وآداب ينبغي ان تراعى[١٣] ، لا يصح التغاضي عنها ، تحفظ للقضاة فيها هيبتهم وأبهتهم كالذي يتميزون به من الملبس الخاص[١٤] ، والاعوان[١٥] ، أو الأجرياء[١٦] ، والكتاب[١٧] ، والأمناء[١٨] ، والنواب[١٩] ، والمترجمين[٢٠] ، والمسمعين[٢١] ، والعدول[٢٢] واتخاذ المكان اللائق

---

(٨) الفقرة : ٤٤ .
(٩) الفقرة : ٨ .
(١٠) الفقرة : ٢٩ .
(١١) الفقرة : ٢٧ .
(١٢) الفقرة : ٣٢ .
(١٣) انظر الفصل الرابع من الباب الاول ، الفقرة ٤٥ وما بعدها .
(١٤) الفقرة : ٤٦ .
(١٥) الفقرة : ٥٠ .
(١٦) الفقرة : ٥٠ .
(١٧) الفقرة : ٥١ والفقرة : ٧١ .
(١٨) الفقرة : ٧٨ .
(١٩) الفقرة : ٤١ وما بعدها .
(٢٠) الفقرة : ٥٧ .
(٢١) الفقرة : ٥٧ ، والفقرة : ٦١ .
(٢٢) الفقرة : ٥٦ .

للقضاء[٢٣] ، بأن يكون فسيحا لا يجد فيه الشخص مضايقات الحر في الصيف ، ولا برودة الشتاء ، وأن يكون في وسط البلد وربما توسع البلد فكان فيه قضاة متعددون[٢٤] تتحدد فيه مواضع عملهم وصلاحياتهم وسلطانهم .

وخشية من حدوث التزويرات في الخطوط أوصوا بعدم الاعتماد على مجرد الخط دون تذكر الحادثة[٢٥] ، وظهرت لأجل ذلك دواوين القضاة[٢٦] وسجلاتهم[٢٧] خشية التناكر ، والقمطر[٢٨] ، وسلة الحكم[٢٩] والاختام[٣٠] التي يستعينون بها في الاستدعاء[٣١] ، أو في ختم المحضر أو السجل[٣٢] ، والهيئة التي تكتب بها المحاضر والسجلات[٣٣] ، وما تتطلبه من شروط كثيرة بينها هذا الكتاب ، وبين الصيغة التي تتم بها كتب الابتياعات ، والاجارات ، والقسمة والرهن ، والكفالة ، وأمثلة من المحاضر والمكاتبات الحكمية بعبارات قانونية دقيقة .

وظهرت لسير الدعوى خطوات ، وآداب[٣٤] ينبغي الحرص عليها

---

(٢٣) الفقرة : ٤٧ .
(٢٤) الفقرة : ٤٣ .
(٢٥) الفقرة : ٨٢ .
(٢٦) الفقرة : ٧٩ .
(٢٧) الفقرة : ٧٩ .
(٢٨) الفقرة : ٨٠ .
(٢٩) الفقرة : ٨٠ .
(٣٠) الفقرة ٧٩ ، ٨٠ .
(٣١) الفقرة : ٩٦ .
(٣٢) الفقرة : ٨٠ .
(٣٣) انظر الباب السادس الفقرة ٨٤١ وما بعدها .
(٣٤) انظر الباب الثاني الفقرة ٨٨ وما بعدها والباب الثالث الفقرة ٢١٣ وما بعدها .

وتطبيقها بدقة ، والاهتمام بصيغ التعبير في الدعوى وتحريرها[٣٥] ، وصيغ الانكار[٣٦] ، والايمان[٣٧] ، والاقرار[٣٨] ، والشهادة[٣٩] والحكم[٤٠] وما يتبع ذلك من شروط لكل من ذلك ، وقضاء القاضي بعلمه[٤١] ، ونقض القضاء الذي وقع منه ، أو من غيره[٤٢] ، وتعارض البينات[٤٣] ، مما يصوره هذا الكتاب خير تصوير ، اذ أعطانا صورة للمدى الحضاري الذي بلغته تشكيلات القضاء المدني في القرن السابع الهجري ·

* * *

(٣٥) الفقرة : ٢٢٢ وما بعدها ·
(٣٦) الفقرة : ٢٦٧ وما بعدها ·
(٣٧) الفقرة : ٣٠٠ وما بعدها ·
(٣٨) الفقرة : ٢٦١ وما بعدها ·
(٣٩) انظر الباب الرابع الفقرة ٥٣٤ وما بعدها ·
(٤٠) الفقرة : ١٨١ وما بعدها ·
(٤١) الفقرة : ١٤٩ وما بعدها ·
(٤٢) الفقرة : ١٦٢ وما بعدها ·
(٤٣) الفقرة : ٤٥٣ وما بعدها ·

الفصل الثالث

كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم

اسم الكتاب :

وردت للكتاب تسميات متعددة :

فقد ذكر الذهبي في سير أعلام النبلاء[١] ، والامام تقي الدين السبكي[٢] والد صاحب الطبقات ، في فتاويه ، والشيخ أحمد الصابوني[٣] ، ان اسم الكتاب (أدب القضاة) •

وسماه ابن العماد الحنبلي[٤] والزركلي[٥] : (أدب القاضي) •

وسماه اسماعيل باشا البغدادي[٦] وحاجي خليفة[٧] والتونكي[٨] (أدب القاضي على مذهب الشافعي) •

وسماه جرجي زيدان[٩] : (آداب القاضي) •

وسماه عمر رضا كحالة[١٠] : (أدب القاضي ـ القضاء) كذا بالتسميتين معا •

---

(١) سير اعلام النبلاء ـ مخطوط ـ ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب •
(٢) فتاوى السبكي : ٢/٤٧٤ •
(٣) تاريخ حماة : ١٠٢ •
(٤) شذرات الذهب : ٥/٢١٣ •
(٥) الاعلام (ط ٤) ١/٤٩ •
(٦) هدية العارفين : ١/١١ •
(٧) كشف الظنون : ١/٤٧ •
(٨) معجم المصنفين : ٣/٢١١ •
(٩) تاريخ آداب اللغة العربية : ٣/٨١ •
(١٠) معجم المؤلفين : ١/٥٤ •

وقد ذكر روزنثال[١١] ثلاثة أسماء : (أدب القضاء ـ القاضي ـ القضاة) كذا •

وأشهر التسميات وأكثرها تداولا لدى المترجمين له والمؤرخين ، والفقهاء بصورة خاصة ، ما ذكره الاسنوي[١٢] ، والتاج السبكي[١٣] ، وابن قاضي شهبة[١٤] وعنهم بروكلمان[١٥] وغيره ، أن اسم الكتاب (أدب القضاء) •

وقد رجحنا هذه التسمية لثلاثة أمور :

الأول : أنها هي المشتهرة بين الذين ذكروه •

والثاني : أنها هي الموافقة لما ورد في مقدمة الكتاب نفسه ، اذ قال المؤلف بعد الديباجة :

« وقد كان جماعة من أصحابي المشتغلين على بعلم المذهب الشافعي ، سألوا وضع كتاب في أدب القضاء »[١٦] :

والثالث : ان هذه التسمية موافقة لما ورد في عنوانات النسخ الخطية التي اعتمدناها أصولا في التحقيق •

أما تسميته بـ (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات) فقد وردت على طرة نسخة دار الكتب المصرية التي رمزنا لها بنسخة (ب) بما صورته :

---

(١١) أنظر : Encyclop. III : 683.

(١٢) طبقات الشافعية : ١/٥٤٦ •

(١٣) طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٦ •

(١٤) طبقات الشافعية (مخطوط) الورقة : ٧٨/أ •

(١٥) أنظر : G. 1 : 346. S. 1 : 488.

(١٦) انظر أدب القضاء الفقرة : ٣ •

(كتاب أدب القضاء) ثم كتب تحتها : (وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات) •

وهي تسمية لم ترد في مصدر من المصادر ، ولذلك آثرنا أن لا نثبتها في غلاف الكتاب ، اكتفاء بالاشارة اليها هنا •

صحة نسبة الكتاب الى المؤلف :

بالاضافة الى أن القدماء والمحدثين يذكرون أن للقاضي شهاب‌الدين ابى اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبى الدم كتابا في القضاء على اختلاف تسمياتهم له ، تتفق النسخ الخطية الثلاث في نسبته اليه فضلا عن النقول الكثيرة التي وردت عنه في الكتب المتاخرة عنه تنسبه اليه ، وبمقارنة تلك النصوص مع الكتاب نجد أنها متفقة تماما معه ، باستثناء فروق النسخ •

ومن أطول النصوص التي نقلت عنه منسوبة اليه ما جاء في كتاب (توقيف الحكام على غوامض الأحكام) لابن العماد الاقفهسي ، بنسختيه الخطيتين اللتين اعتمدناهما وهما المرموز لهما بنسختي (ق ، ط) ، فقد نقل صاحبه فصولا طويلة باكملها منسوبة اليه ، ولطول تلك النصوص جعلناها من جملة الأصول الخطية للكتاب حين عزت نسخه •

وقد نقل التاج السبكي[١٧] جملة من أقواله أشرنا اليها في مواضعها ، وكذا فعل والده تقي‌الدين السبكي[١٨] في فتاواه ، اذ نقل المسألة السابعة من الفصل السادس في التداعي بين الخصمين[١٩] ، وابن حجر الهيتمي[٢٠] في فتاواه الكبرى أيضا ، وغيرهم ممن سترد أسماؤهم

---

(١٧) طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٥ – ١١٩ •
(١٨) فتاوى السبكي : جـ ٢ ص ٤٧٤ ، ٤٩١ •
(١٩) أنظر أدب القضاء الفقرة : ٤٧٦ وهو الباب الثالث من الكتاب •
(٢٠) الفتاوى الكبرى الفقهية : ٤/٢٩٠ ، ٣٠٥ ، ٣٤٦ •

في موضوع (آثار هذا الكتاب في ما تلاه من الكتب) تتبعنا أقوالهم ، وأشرنا اليها في مواضعها ، مما يؤكد صحة نسبة الكتاب الى المؤلف ، ويجعلنا نطمئن ونتوثق من صحة نسبته اليه .

سبب تأليفه :

يذكر المؤلف في مفتتح كتابه سببين لتأليفه هذا الكتاب :

الأول : ان الاشتغال بعلم القضاء والتأليف في آدابه قربة من أفضل القربات وأرفع الطاعات ينال عليها العالم الأجر الكبير ، وهي أولى بكد القريحة وأعمال الخاطر من غيرها من مجالات التأليف اذ يقول :

« وبعد : فان أولى ما أعملت فيه القرائح ، وعلقت به الأفكار اللواقح ، وعنى العالم بجمعه وتصنيفه ، وأجهد نفسه في ترتيبه وتأليفه ما فيه صلاح العواقب ، ونجاح المطالب ، وسمو المناقب ، وعلو المراتب ، وهو علم فروع الشريعة من الحلال والحرام ، والواجب والمندوب ، وأخصها بالأولوية علم الأقضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام ، فان الانتداب للاصلاح بين المتحاكمين والانتصار للمظلوم من الظالم فيما يجرى بين المتخاصمين من أفضل القربات وأرفع الطاعات »(٢١) .

والثاني : أن جماعة من أصحابه المشتغلين عليه بدراسة المذهب الشافعي سألوه وضع كتاب في أدب القضاء ، يشتمل على ما تكثر الحاجة اليه في زمنهم من الاحكام والشروط المرسومة بين علماء العصر في طريقة الفصل بين المتخاصمين ، وكرروا سؤالهم مرة بعد مرة ، فوضعه استجابة لطلبهم ، قال :

« وقد كان جماعة من أصحابي المشتغلين عليّ بعلم المذهب الشافعي سألوا وضع كتاب في أدب القضاء يتضمن جملة من آدابه وأحكامه ،

---

(٢١) أدب القضاء : الفقرة : ٢ .

ونبذة من الدعاوى والبينات ، وما يجرى لدى الحكام من الخصومات ، وطرفا من علم الشروط المرسومة بين علماء العصر في هذا الشأن ، واستمر سؤالهم ذلك مدة سنين ، والموانع تمنع ، والاشتغال بتنقيح المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، فان علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله المنية القصوى ، اذ هو النافع في الدنيا والأخرى .

وما زال سؤالهم يتكرر مرة بعد أخرى ، الى أن استعنت الله تعالى واستخرته واستمددته توفيقه وهدايته ، وأجبت سؤالهم ، واسعفت طلبتهم ، لوجوب حقهم وتعينه ، وعلقت ما حضرني من هذا العلم من المسائل الحسنة الغريبة والفروع المستحسنة العجيبة ... »[٢٢] الى آخر ما قال .

مادة الكتاب :

(بصورة موجزة)

احتوى الكتاب على مقدمة وستة أبواب وخاتمة :

١ – أما المقدمة فقد بين فيها بعد الديباجة المؤنقة المسجوعة أن علم القضاء والتأليف فيه هو أولى العلوم التي تشحذ الهمم وتكد الخواطر في سبيل التأليف فيها لما في ذلك من النفع في الحياة لفض الخصومات وتحقيق العدالة التي تكفل السعادة في المجتمعات ، وما في ذلك من النفع العظيم والثواب المقيم بعد الممات ، ثم بين أن ذلك دعاه الى تأليف هذا الكتاب ، الى جانب سؤال جماعته المشتغلين عليه بدراسة المذهب والحاحهم في الطلب بأن يضع لهم كتابا في هذا الموضوع تشتد الحاجة اليه .

٢ – وأما الباب الأول فقد تحدث فيه عن صفة القضاء ، متناولا بفصوله الأربعة ما ورد فيه من الآيات والنصوص والآثار في الترغيب فيه والترهيب عنه ، واختلاف العلماء في اجابة من يصح تقليده القضاء اذا دعى

---

(٢٢) أدب القضاء : الفقرة : ٣ .

اليه وامتناعه عنه أيهما أولى ، وصفة القاضي وشروطه ، وكيفية عقد القضاء وآداب القاضي التي يجمل به أن يتحلى بها .

٣ ـ وأما الباب الثاني فقد بين فيه ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود والتزكية وأرباب المسائل ، وقضاء القاضي بعلمه ، ونقض القاضي لقضائه الذي وقع منه ، وان حكمه لا يحيل الأمور عما هي عليه ، والتحكيم ، وحكم الحاكم بعد عزله .

٤ ـ وأما الباب الثالث : فقد تناول فيه الدعاوى والبينات ومجامع الخصومات ، فبدأ بالدعوى ، وبين سيرها منذ البداية وجواب المدعى عليه بالاعتراف أو بالانكار أو بالسكوت وما يترتب على ذلك من أحكام اليمين وردها والنكول ، والبينات والقضاء على الغائب ، وتعارض البينات والترجيح بينها .

٥ ـ وأما الباب الرابع : فقد ضم الشهادات ، تحملها وأداءها وشروط الشاهد ، وصيغ الشهادات في الدعاوى ، والشهادة على الشهادة ، ومراتب الشهادة ، وشهادة الحسبة ، وشهادة النفي ، وتلفيق الشهادات .

٦ ـ وأما الباب الخامس : فقد بين فيه كتاب القاضي الى القاضي ، وحكم الكتابة وما يتفرع على ذلك من المباحث .

٧ ـ وأما الباب السادس : فقد خصصه للشروط المكتتبة في المحاضر والسجلات والكتب الحكمية ، وكتب الابتياعات والوثائق والاجارات وغير ذلك ، دون فيه النماذج والصيغ التي يمكن أن تكون مثالا للعقود والابتياعات وهو باب فريد في علم كتابة الشروط على مصطلح ذلك العصر .

٨ ـ واختتم الكتاب بذكر مسائل مذهبية تجرى مجرى القواعد كثيرة التداول لدى الحكام في مجالس أحكامهم بين المتخاصمين كثيرة النفع

لمن يتعلمها ولاسيما الوكلاء (أو المحامين) الذين نصبوا أنفسهم للذب عن موكليهم ودفع المضار عنهم في مضائق فقهية شرعية لا يفهمها من لم يحظ بجملة صالحة من قواعد المذهب واسراره •

أهمية الكتاب بالنسبة للفقه القضائي الشافعي :

وتتجلى أهمية كتاب أدب القضاء للقاضي شهاب‌الدين أبى اسحاق ابن أبى الدم الهمداني بالنسبة للفقه القضائي الشافعي ، في كونه قد صور لنا الأبعاد الفكرية لنظرية الاثبات ، وما يستند اليه الحكم في ظل النظام القضائي الاسلامي من وجهة نظر المذهب الشافعي كما يصور لنا الجذور التاريخية لكثير من النظريات القانونية التي تسير وفقها القوانين الحديثه وأصول المرافعات في عصرنا ، ويبين لنا مدى تأثر التشريعات الحديثة بالتشريع الاسلامي الذي يعد ذخيرة فكرية عميقة ينهل منها المشرعون على مر السنين ، كما يصور لنا واقع النظام القضائي آنذاك بقلم شخص مارس القضاء وعرف ما فيه عن حس ٍ وتجربة ومعاناة ، فلم يعدم النظرة الواقعية ، وعن ايمان وتقوى ، فلم يعدم التسديد في الاستنباط ، وعن دراية ورواية ، فلم يعدم النظرات الصائبة والتدوين لكثير من آراء من سبقوه من أئمة المذهب الشافعي ممن ضاعت كتبهم ، أو ما تزال مخطوطة مما يعد وثيقة تاريخية في تطور التشريع القضائي ، ولا أدل على ذلك من القائمة الضخمة من أسماء الفقهاء الشافعيين الذين وردت أسماؤهم في ثنايا الكتاب •

وهو – بعد – قد رسم للقضاة منهجا قويما في أنفسهم وأخلاقهم ، كما رسم لهم منهجا سديدا في عملهم فهو كتاب جليل يعد من غرر العلم القضائي وآدابه •

نهج المؤلف في كتابه أدب القضاء :

١ ـ لما قامت الحاجة الى وضع كتاب في أدب القضاء يتضمن جملة من آدابه وأحكامه ، ونبذة من الدعاوى والبينات ، وما يجرى لدى الحكام من الخصومات ، وطرفا من علم الشروط المرسومة بين علماء العصر ، وضع المؤلف كتابه هذا ليسد تلك الحاجة ، متضمنا ما اصطلح عليه الحكام من المراسم الشرعية ، والوقائع الحكمية التي ينتفع بها الحكام ، وتابعوهم من الكتاب والوكلاء (أي المحامين بلغة عصرنا) والمتداعين ، ثم اتبع ذلك بذكر انموذجات في علم كتابة الشروط في مصطلح تلك البلاد كما يقول المؤلف(٢٣) .

لذلك جاء كتابه مصورا لواقع يعاش آنذاك ، مسجلا لظواهر كانت تجرى على ساحة الحياة ، غير مقتصر على الأمور النظرية الصرفة التي اعتاد الفقهاء على قصر كتبهم عليها ، فكثيرا ما كان ابن أبي الدم يشير الى ما جرى به رسم القضاة آنذاك(٢٤) ، ونتيجة لذلك اهتم بفقه الشروط كثيرا ، وقدم نماذج كثيرة في نهاية الكتاب ، بل لعل ذلك أحد أهداف الكتاب حين صرح فقال :

« وليس الغرض من وضع هذا الكتاب الا ذكر فقه الشروط »(٢٥) .

فأتى بصيغ جاهزة لعقود تكثر الحاجة العملية اليها ، مع الاقتصار على انموذج لكل ظاهرة كمثال عليها .

٢ ـ ولما كان القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم

---

(٢٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٢ .
(٢٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦١ ، ٤٥٥ ، ٤٦٣ ، ٦٤١ .
(٢٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٠٦ .

قد مارس القضاء حقبة طويلة من حياته ، فخبر القضاء نظريا وعمليا نجده يتكلم بلسان القاضي الذي يستفيد من خبرته في ما يكتب . وقد أشار الى ذلك في ثنايا كتابه(٢٦) .

٣ ـ ولما كان ذلك مقصدا مهما من مقاصد الكتاب كان ذلك داعية لأن يوجز في الموضوعات الأخرى ، ويعرض عن ذكر التفصيل ، مصرحا بأنه لا يريد الاطالة في هذا الموضوع ، لأن الكتاب لم يوضع للتفصيل في هذه الموضوعات(٢٧) .

ونتج عن ذلك أنه كان كثيرا ، بل كثيرا جدا ، يدع التعليل ، فيكتفي بقوله : (فيه وجهان) أو (فيه ثلاثة أوجه) ثم لا يذكر تعليلا ولا دليـلا .

وقد تأثر في ذلك بفقيه شافعي سبقه الى ذلك كان ابن أبي الدم كثير النقل منه ، مستحسنا عباراته ، مثنيا على تفصيله ، وان تتبع بعض أقواله ، ذلك هو الامام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي في كتابه الحاوي الكبير وتفسيره النكت . اذ كان يذكـر الوجوه في الغالب تاركا التفصيل في ذلك .

٤ ـ وقد سار القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله ابن أبي الدم الهمداني في معالجة الموضوعات على خطة تتلخص في أنه كان كثيرا ما يفتتح الموضوع الذي يبحثه بمقدمة هي أشبه بالقاعدة العامة لما سيتلوها من مسائل ، كالذي قدم بـه للفصل الثالث من الباب الأول مثلا في كيفية عقد القضاء ، اذ قال : ونقدم عليه أمورا ثلاثة ...(٢٨)

---

(٢٦) أدب القضاء ، الفقرة : ٦٧٣ .
(٢٧) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٠ ، ٥٣٣ .
(٢٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥ .

وما قدم به للفصل السادس من الباب الثاني في نقض القاضي قضاءه الذي وقع منه[٢٩] .

وما قـدم بـه للفصـل السـادس من الباب الثالث في التداعي بين المتخاصمين[٣٠] .

وما قدم به للباب الرابع في الشهادات[٣١] .

وهكــذا ..

ثم يأتي الى الموضوع فيذكر أقوال الفقهاء الشافعية فيه ، منسوبة الى أصحابها ، موثقـا ذلك بنصوصهم ، وقـد يستغرق النص الواحد صفحة كاملة ، أو أكثر ، لاسيما ما ينقله عن أقضى القضاة الماوردي[٣٢] ، وعن القاضي أبي الطيب الطبري وامام الحرمين ، والشيخ أبى علي السنجي ، وغيرهم وهم كثيرون ، فهو ينقل أقوالهم بنصها حينا ، وأحيانا باختصار ثم يوجهها ، ويرجح بينها[٣٣] ، وقد يسكت عن الترجيح ، ويكتفي بذكر القولين أو الوجهين ، وقد يستبعد أحدهما أو كليهما ، فيقول مثلا : « وهذا الوجه بعيد لكنا نذكر هذه الوجوه لغرابتها وحسنها وحصرها والاطلاع عليها[٣٤] .

وقد يبنى المسائل المختلفة على أصل تتفرع عنه[٣٥] .

---

(٢٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٢ .
(٣٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٥٣ .
(٣١) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٣٤ .
(٣٢) انظر مثلا الفقرة : ٤٠ .
(٣٣) الفقرة : ٦٣٨ .
(٣٤) انظر مثلا الفقرة : ٢٠٦ .
(٣٥) انظر الفقرة : ١٨٧ ، ٦٣٢ .

ويختتم الفصل في الغالب أيضا بخاتمة تكون كالقاعدة له(٣٦) .

واذا ما فرع بعض المسائل على ما نقل من الأقوال أخـذه الزهـو والاستحسان لما رتب ، فتراه في نهاية الأبواب أو الفصول(٣٧) يشير الى أن هذا من لطيف الفقه ودقيق البحث والنظر(٣٨) ، أو يقول : فليأخذ الناظر في كتابنا هذا هذه المسائل الحسنة والوجوه الغريبة المستحسنة التي نستخرجها من كتب المذهب ، ونجهد أنفسنا في اظهارها كما تراه صفوا عفوا ، فرب ساع لقاعد والأجر على الله جل ثناؤه ، وهو المستعان ، وعليه التكلان(٣٩) .

مصادر ابن أبي الدم :

في كتابه أدب القضاء :

استمد الشيخ شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبى الدم مادته في أدب القضاء من كتب الامام محمـد بن ادريس الشافعي رضى الله عنه وكتب أصحابه والفقهـاء الذين أتوا من بعدهم ، والذين ساروا على منهجه ، وقد بلغ عدد هؤلاء الأئمة المذكورين في هذا الكتاب بضعة وأربعين فقيها ، لكل واحد منهم تأليف أو تآليف ، بعضها كتب عامة في الفقه ، كالأم للشافعي ومختصر المزنى ، وتعليقة القاضي أبى الطيب الطبري ، والحـاوي الـكبير للماوردى والمهذب لأبى اسـحاق ، والبسيط والوسيط للغزالي والابانة للفوراني ، والتتمة للمتولي ، والتعليق

---

(٣٦) انظر مثلا الفقرة : ٦٠٧ ، ٦٨٠ .

(٣٧) انظر مثلا نهاية الباب الأول ، ونهاية الباب الثالث ، ونهاية الباب الخامس .

(٣٨) انظر الفقرة : ٢١٢ ، ٣٩٨ ، ٥٣٣ .

(٣٩) انظر الفقرة : ٥٧٥ .

الكبير للقاضي حسين ، والتلخيص لأبى العباس بن القاص ، والتقريب للشاشي ، والتهذيب للبغوي ، والذخائر لمجلى بن جميع ، والسلسلة لأبى محمد الجويني ، والشرح الكبير لأبى علي السنجي والمجموع الكبير للمحاملي ، ونهايب المطلب لامام الحرمين وغيرهم •

وبعضها كتب مختصة في القضاء ، كأدب القضاء لابن الحداد المصري ، وأدب القضاء (أو أدب القاضي) لأبى العباس بن القاص الطبري ، وأدب القاضي لأبى عاصم العبادي ، وشرحه المسمى بالاشراف في أدب القضاء في الحكومات لأبى سعد الهروي ، وغير ذلك •

فاستطاع بمقدرته أن يجمع بين هذه المصادر المتنوعة ، ويؤلف المختلف ، بما أوتي من قوة البيان وسداد النظر ، فاتسعت له مواردها ، واستقامت له شواردها ، وكان كثير الاعتماد على الماوردي في كتابه أدب القاضي من الحاوي الكبير ، وامام الحرمين في نهاية المطلب ، وعلى الشيخ أبى علي السنجي في شرحه الكبير ، والقاضي أبى الطيب الطبري فعنهم كان يصدر ، ومنهم كان يستمد •

آثاره في ما تلاه من الكتب :

ولكتاب (أدب القضاء) للقاضي شهابالدين أبى اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم آثار فيما تلاه من الكتب :

فاضافة الى ما ذكرناه في موضوع مكانة المؤلف العلمية والأدبية نقول :

ان كتاب أدب القضاء قد رزق حظا من الشهرة بين المشتغلين بالفقه والقضاء ، فكانوا يعتمدونه وينقلون عبارته ، ويروون حكايته عن أئمة المذهب ويشيرون اليها :

فقد نقل عمادالدين أحمد بن العماد الأقفهسي[٤٠] (المتوفى ٨٠٨هـ) فصولا طويلة من هـذا الكتاب في كتـابه (توقيف الحكام على غوامض الأحكام)[٤١] بما يربو على عشرين ورقة ، جعلناها لطولها نسخة من نسخ التحقيق (وهي المرموز اليها بنسختي ق ، ظ) .

ونقل عنـه شيخ الاسلام ابن حجـر المكي الهيتمي[٤٢] (المتوفى ٩٧٤هـ) في فتاواه[٤٣] ، وفي تحفة المحتاج[٤٤] .

والعلامة شمس‌الدين محمد بن أبى العباس شمس‌الدين أحمد بن أحمـد بن حمـزة الرملي[٤٥] (المتوفى ١٠٠٤هـ) في فتاواه[٤٦] وفي حاشيته على اسنى المطالب[٤٧] ، وفي نهاية المحتاج[٤٨] .

---

(٤٠) المترجم له في البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني : ٩٣/١ رقم الترجمة : ٥٣ ، وحسن المحاضرة : ٢٤٩/١ ، ومعجم المؤلفين : ٦٢/٢ .

(٤١) انظر موضوع الأصول الخطية لكتاب أدب القضاء ، وأنظر بشأنه كشف الظنون ٥٠٨/١ .

(٤٢) المترجم له في معجم المؤلفين : ١٥٢/٢ .

(٤٣) الفتاوى الكبرى الفقهية : ٢٩٠/٤ ، ٣٠٥ ، ٣٤٦ .

(٤٤) انظر تحفة المحتاج المطبوعة مع حاشيتي العلامتين الشرواني وابن قاسم في مواضع منها في حـ ١٠ ص ١٤٩ .

(٤٥) المترجم له في معجم المؤلفين : ٢٥٥/٨ .

(٤٦) فتاوى الرملي (على هامش الفتاوى الكبرى) ١٣٤/٤ ، ١٤٥ .

(٤٧) حاشـيته على اسـنى المطالب مطبـوعة على هـامش شرح روض الطالب : ٢٨٦/٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ ، ٣١٩ ، ٣٦٤ ، ٣٧٠ ، ٣٧٩ .

(٤٨) نهاية المحتاج : ٣٠٠/٨ ، ٣٠٢ ، ٣٠٦ .

والامـام جلال‌الدين السـيوطي (المتـوفى ٩١١هـ) في الأشـباه والنظائر[٤٩] •

والشيخ محمد الشربيني الخطيب[٥٠] (المتوفى ٩٧٧هـ) في مغنى المحتاج[٥١] •

والسيد أبو بكر المشهور بالسيد البكري (من متأخري الشافعية) في كتابه اعانة الطالبين[٥٢] •

والشيخ سليمان البجيرمي[٥٣] (المتوفى ١٢٢١هـ) في حاشيته[٥٤] على منهج الطلاب •

وشيخ الاسلام أبو يحيى زكريا الانصاري[٥٥] (المتوفى ٩٢٦هـ) في اسنى المطالب[٥٦] شرح روض الطالب •

والشـيخ سـليمان الشـهير بالجمـل[٥٧] (المتوفى ١٢٠٤هـ) في حاشيته[٥٨] على منهج الطلاب للأنصاري •

---

(٤٩) الأشباه والنظائر في فروع وقواعد الفقه الشافعي : ٤٩٢ ، ٤٩٥ ، ٤٩٨ ، ٥٠٠ •
(٥٠) المترجم له في معجم المؤلفين : ٨/٢٦٩ •
(٥١) مغنى المحتاج : ٤/٤٠٠ ، ٤٠٥ ، ٤١٦ ، ٤٤٩ •
(٥٢) اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للمليباري ، جـ ٤ ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ •
(٥٣) المترجم له في معجم المؤلفين : ٤/٢٧٥ •
(٥٤) حاشية البجيرمي على منهج الطلاب جـ ٤ ص ٣٨٥ ــ ٣٨٦ •
(٥٥) المترجم له في معجم المؤلفين : ٤/١٨٢ •
(٥٦) اسنى المطالب : جـ ٤ ص ٣٦٩ ، ٣٧٠ •
(٥٧) المترجم له في معجم المؤلفين : ٤/٢٧١ •
(٥٨) حاشية الجمل على شرح المنهج : ٥/٣٦٨ ، ٣٧٨ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠١ •

في نقول كثيرة عنه تفريعا ، ومعارضة ، وترجيحا ، مما يدل على اعتماده لديهم ، وحسن موقعه من الفقه الشافعي عموما .

الأصول الخطية لكتاب :

أدب القضاء :

عزت نسخ هـذا الكتاب ، وشيوع الكتاب وانتشاره ، حظ يؤتاه مصنفه ، فلم تصـل الينا من نسخ مخطوطات كتاب أدب القضاء للقاضي شهاب الدين أبى اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعـروف بأبن أبى الدم الا ثلاث نسخ ، اثنتان منهما ناقصتان ، والثالثة كاملة ،الى جانب نقول طويلة منه . وعلى كل حال لم تكن واحدة من هذه النسخ بخط المؤلف .

واليك وصفا لهذه النسخ :

١ ـ النسخة الأصلية :

وهي النســخة الخطيــة التي احتفظت بهــا مكتبــة (جستر بيتي Chester Beatty) (٥٩) بدبلن في ايرلندة تحت الرقم (٤٩٩٢) .

وتقع هذه النسخة في ١٤٤ ورقة بحجم : ١٧٫٩سم × ١٣٫٨سم بخط معتاد غير منقوط في الغالب ، يقرب من النسخ بمعدل ٢٣ سطرا في الصفحة ، واحدى عشرة كلمة في السطر الواحد .

وهي نسخة نفيسة ذكر مفهرسها أنها مقابلة ومصححة على نسخة

---

(٥٩) أنظـر :

Arthur J. Arberry: The Chester Beatty Library, a handlist of the arabic manuscripts (Dublin 1963) Vol. VI p. 165 No. 4992.

المؤلف وقد وقع الفراغ من تعليقها في الثامن عشر من صفر الحرام سنة ست وستين وستمائة[٦٠] .

وقد تميزت بأنها مصححة وعلى جانب من الدقة فضلا عن أنها أقدم النسخ لذلك اعتبرتها أصلا للكتاب ، وقد سقطت منها كراسة كاملة بعد الورقة (٥١) وان كان الترقيم كاملا ، مما يدل على أن الترقيم حصل أخيرا ، وقد اعتمدنا في اثبات النقص على النسخة (ب) الآتية بالاستعانة بالنسخة الأخرى (س) .

٢ ـ نسخة (ب) :

وهي النسخة الخطية التي ضمتها مكتبة دار الكتب المصرية[٦١] بالقاهرة تحت الرقم ١٢ فقه حنفي حليم ، وأدرجت خطأ ضمن كتب الفقه الحنفي .

وقعت هذه النسخة في ١٤٦ ورقة بقياس : ٢٧ر٣سم × ١٨ر٠٠سم وقياس الكتابة : ١٩ر٤٠سم × ١٢ر٠٠سم وبمعدل خمسة وعشرين سطرا في الصفحة الواحدة ، وبمعدل ١٢ كلمة في السطر الواحد .

كتبت هذه النسخة بخط نسخ جميل متقن منقوط ومشكول في الغالب وقد حليت عناوينه ورؤوس مسائله بالمداد الأحمر .

وقد فرغ من كتابتها ناسخها محمد بن محمد بن بهادر في السابع عشر من شهر شوال سنة ست وأربعين وثمانمائة .

---

(٦٠) نفس المصدر .

(٦١) لم يضمها فهرس الكتب العربية الموجودة بدار الكتب لغاية سنة ١٩٢١ (دار الكتب ١٩٢٤) وانما أضيفت الى الدار مؤخرا بعد ضم مكتبة حليم اليها .

وعليها تملكات أحدها مؤرخ بسنة ٩٧١هـ ، والآخر مؤرخ بسنة ١٠٧٠هـ •

وهي نسخة نفيسة على الرغم من تأخرها ، فقد كانت هي النسخة الكاملة الوحيدة فضلا عن أنه قد ورد في أثنائها في الورقة ٤٨/أ ما نصه : (مبيض هنا في نسخة قوبلت على نسخة المصنف) •

وقد كانت هذه النسخة معينا لي لقراءة الأصل لوضوح خطها وضبط كلماتها بالشكل مع التنقيط ، كما كانت مرجعا لاكمال ما انطمس من الأصل بفعل الرطوبة وعاديات الزمان •

٣ ـ نسخة (س) :

وهي النسخة الخطية التي ضمتها المكتبة الوطنية بباريس[٦٢] تحت الرقم ٩٩٦ •

وقد وقعت في ١٥٧ ورقة ، بقياس : ٣١سم × ٢١سم بمعدل ١٩ سطرا في الصفحة الواحدة و (١١) كلمة في السطر الواحد ، بخط نسخي واضح مقروء كثير الشكل ، وقد أرخت بسنة ٨٥٢هـ •

وهي نسخة تقل عن النسختين السابقتين شأنا ، لكثرة السقط فيها ، لكونها ناقصة أولا ، اذ سقط الباب السادس في الشروط المكتتبة في المحاضر والسجلات والكتب الحكمية ، وهو باب كبير جدا ، ولكونها كثيرة النقص ،

---

(٦٢) أنظـر :
De Slane: Catalogue des manuscrits arabes de Bibliotheque Nationale (Imprimerie Nationale 1883) P. 199 No. : 996.

اذ قد تسقط الكلمة والكلمتان ، والسطر والسطران في بعض الأحيان وفي أحيان أخرى قد تسقط المسألة بكاملها .

ويبدو أنها نقلت من أصل مستقل عن النسختين السابقتين ، ولذلك أفدت منها في تقويم النص وتوثيق اضافة الساقط من الأصل .

٤ ـ نسخة (ظ) :

وهي عبارة عن ورقات منقولة عن كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، تحتوي على فصول متفرقة وقعت في ٢١ ورقة ، ضمها المخطوط المجهول العنوان والمؤلف الذي وضع عليه اسم (كتاب في أحكام النكاح) يحمل الرقم ٤٣٨٢ عام من المكتبة الظاهرية بدمشق ، تشغل هذه المنقولات الأوراق من ٩٢/أ الى الورقة ١١٣/أ ، وقد أرخ هذا المخطوط بسنة ٨٨١هـ ، نبهني اليها صديقنا الكريم الدكتور محمد مصطفى الزحيلي ، وتكرم علي بتصويرها وارسالها الى ، فله مني الشكر والثناء عن العلم وأهله .

ولما اطلعت عليها وجدتها قطعة من كتاب (توقيف الحكام على غوامض الأحكام لشهاب‌الدين أبي العباس الأقفهسي(٦٣) أحمد بن عماد ابن يوسف المصري الشافعي (المتوفى سنة ٨٠٨هـ) .

وبذلك تكون هذه النسخة هي والنسخة (ق) الآتية ، نسختين لكتاب واحد .

٥ ـ نسخة (ق) :

وهي الصفحات (١٤٤ ـ ١٦٦) من كتاب توقيف الحكام على غوامض

(٦٣) مرت الاشارة الى مظان ترجمته قبل قليل .

الأحكام للأقفهسي المذكور ، نسخة دار الكتب المصرية المرقمة **٢١٩** فقه تيمور ، والموجودة صورتها في معهد المخطوطات العربية بجامعة الدول العربية •

وقد أفدت من النسختين (ظ ، ق) في توثيق قراءتي للنص في الأصل ، على الرغم من كونها فصولا غير مرتبة كما رتبها المؤلف ، وسماها مقتبسها الأقفهسي (فصولا متفرقة) ، وعلى الرغم من كونه لم يتقيد بعض الأحيان بعبارة المؤلف ، فقد يحذف من الأصل شيئا ، وقد يتصرف بالعبارة اختصارا أو اضافة وقد جاء في ختام هذه النقول قوله (انتهى كلام ابن أبي الدم ملخصا رحمه الله) •

عملي في التحقيق :

١ ـ اتخذت من النسخة الخطية المحفوظة في مكتبة جستر بيتي بدبلن في ايرلندة أصلا اعتمدت عليه ، لكون هذه النسخة مصححة أولا ومقابلة ، على نسخة المؤلف كما يقول مفهرسها ، ولكونها أدق عبارة ، وأقدم تاريخا •

٢ ـ استعنت بالنسخ الخطية الأخرى في تقويم ما انطمس في الأصل بفعل الرطوبة والقدم ، وإكمال ما نقص من الأصل بمقدار عشر أوراق تأتي بعد الورقة **٥١** منه اعتمدت فيها على نسخة (ب) بالدرجة الأولى لكونها أتقن وأدق من نسخة (س) ، وقد وضعت الزيادات المأخوذة من تلك النسخ بين قوسين معكوفين [ ] تنبيها على زيادتها حين يقتضي الأمر زيادتها ، والا أقوم بتثبيت الفروق في الهامش ، وهي فروق كثيرة جدا ، ولذلك أثقلت الهوامش بالتعليقات •

٣ ـ وقد أفدت كثيرا من كتاب توقيف الحكام على غوامض الأحكام لابن العماد الأقفهسي الذي نقل احدى وعشرين ورقة من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، ونسبها اليه ، على الرغم من أنها جاءت غير مرتبة على النسق الذي رتبه ابن أبي الدم ، فتقدمت عند الأقفهسي فصول تقتضي التأخر ، وتأخرت فصول حقها التقديم .

٤ ـ ولما كان كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم قد طبع أثناء انشغالي بتحقيقه ، فقد أضيفت الى عملي مهمة أخرى هي تصحيح الأخطاء المطبعية والأوهام التي فاتت على محققه ، مع اعترافي له ببالغ الفضل كالذي ذكره من أن كتاب الحلية هو حلية أبي نعيم ، وان كتاب الروضة المقصود به روضة النووي وغير ذلك .

٥ ـ وبعد أن تمت المقابلة ، واستقام النص رجعت الى كثير من الكتب التي اعتمدها المؤلف ونقل عنها ، وذلك لتوثيق النص وتقويمه ، سواء كانت تلك الكتب مخطوطة ككتاب الحاوي الكبير لأبي الحسن علي ابن محمد بن حبيب الماوردي الذي قمت بتحقيق أربعة أجزاء منه في موضوع أدب القاضي والشهادات طبع منها الأول والثاني ، ويوشك أن يطبع الثالث والرابع ، ان لم يكونا قد صدرا الآن في بيروت .

وكتاب أدب القاضي لأبي العباس بن القاص الطبري والاشراف في أدب القضاء وغوامض الحكومات لأبي سعد الهروي ، وروضة الحكام وزينة الأحكام لشريح الروياني ، وحلية العلماء للمستظهري ، والبحر في المذهب للروياني وغيرها أو كانت مطبوعة : ككتاب المهذب ، والتنبيه للشيخ أبي اسحاق الشيرازي والوجيز للغزالي .

٦ ـ وزيادة في التوثيق راجعت الكتب الفقهية التي ألفت بعده ككتاب الروضة للنووي والمنهاج وشروحه : مغنى المحتاج ونهاية المحتاج

وحواشيه ، والمجموع ، وغير ذلك مما تيسر لي فأحلت على مظان بعض المسائل التي تكون هناك حاجة الى معرفة مظانها ، كما نبهت الى مظان المسائل التي تناولها في المذاهب الأخرى غير الشافعية بحسب الوسع والمكنة •

٧ – وبينت آراء العلماء في المسألة اذا احتاج الأمر الى ذلك ، أو كانت عبارة المؤلف غير وافية بالمراد ، أو موهمة ، أو مخلة • كنقله الاتفاق بين الشافعية والحنفية في سماع الدعوى على الغائب في مسافة القصر(٦٤) ، وكتفريقه بين القفالين الشاشي والمروزي(٦٥) وغير ذلك •

٨ – ثم بينت مواضع رواية الأحاديث التي وردت في الكتاب وأحلت على مصادرها ، وهي قليلة جدا قياسا لما ورد في أدب القاضي للماوردي فأعطيت صورة لقوة الحديث وضعفه من خلال تبين رواته ومخرجيه •

٩ – وبينت أرقام الآيات وسورها وهي قليلة جدا •

١٠ – ولكون المؤلف مكثرا في النقل عن الفقهاء الشافعية الذين سبقوه ، فقد ذكر طائفة كبيرة منهم ، قمت باعطاء تعريف موجز لكل واحد منهم وأحلت على مصادر ترجماتهم ، ذاكرا ما لا يقل عن أربعة مصادر قديمة ، أما الحديثة فلم أذكر منها الا ما يكون في ذكره أهمية •

١١ – ونتيجة لكثرة نقوله يذكر أسماء كتب فقهية ، لم آل جهدا في التعريف بها وبصاحبها •

١٢ – قسمت الفصول المذكورة في الكتاب الى موضوعات جانبية

---

(٦٤) الفقرة : ٤٢٥ •

(٦٥) الفقرة : ٧٩٣ •

ليسهل على الباحث ايجاد مراده ، ووضعت العنوانات ضمن أقواس معكوفة [ ] تمييزا لها عن كلام المؤلف •

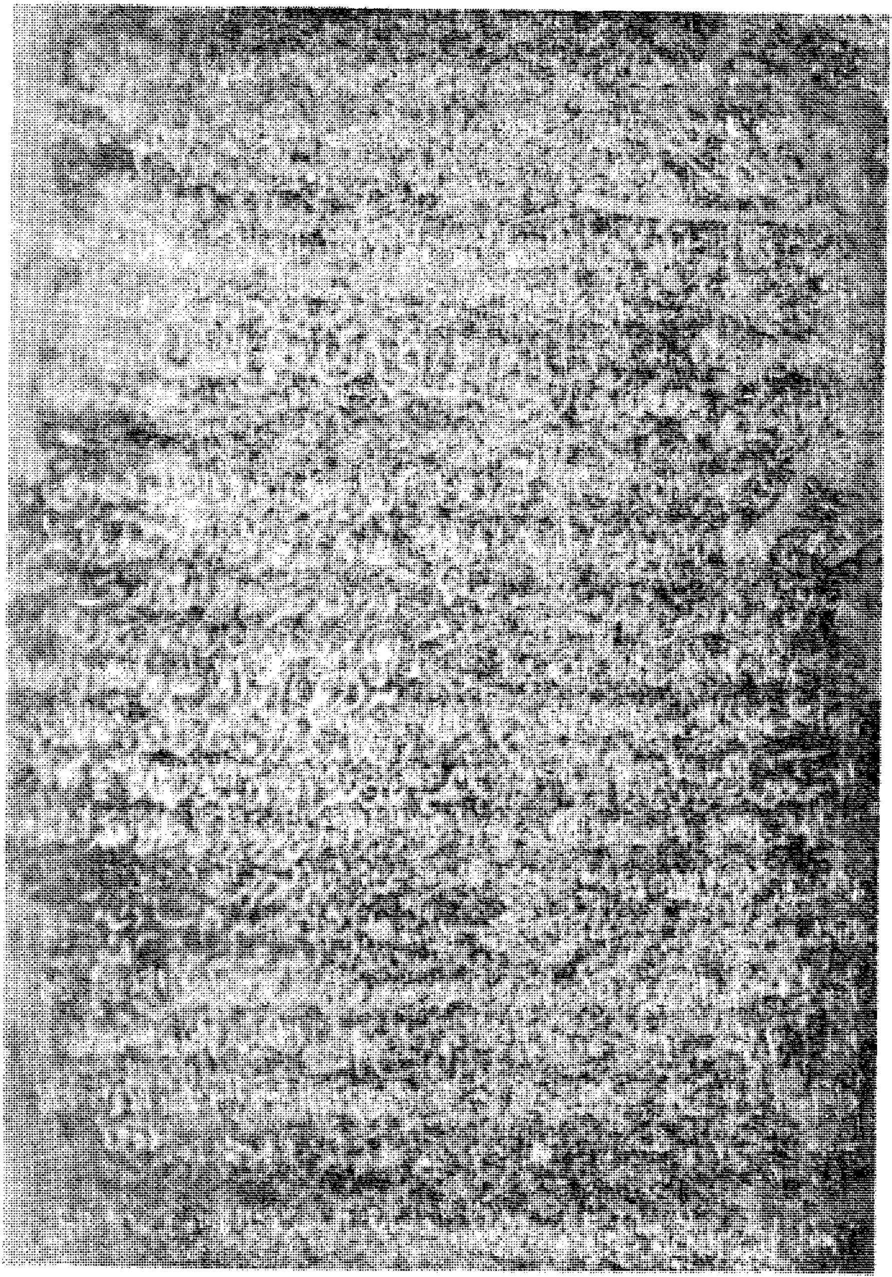
١٣ ــ وقسمت النص الى فقرات متسلسلة بأرقام محصورة بين أقواس معكوفة ، وكل فقرة هي في الحقيقة مدار مسألة ، وليس هذا الترقيم حدودا فاصلة بين المسائل ، وانما هي علامات لفكرة جديدة ، قد يكون لها ارتباط بما قبلها ، أو ما بعدها وقد لا يكون •

١٤ ــ وأشرت في التعليقات الى بعض المسائل التي تنسب الى القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، وأحلت على المصادر التي ذكرت تلك المسألة ، وهي مهمة شاقة بلاشك •

١٥ ــ قد تضطر الحاجة الى توضيح معنى كلمة أو مصطلح فاستشرت في ذلك عددا من المعاجم اللغوية والفقهية وكتب الاصطلاحات •

١٦ ــ وأخيرا فان العمل في التحقيق أمانة تستوجب دقة واخلاصا ودأبا ، وقد حرصت في عملي ــ كما هو شأني في أعمالي السابقة ــ على أن يكون خالصا لوجه الله جل شأنه ، فان تقبله فله الحمد وان لم يكن فالانسان غير معصوم ، فرحم الله من أهدى الينا عيوبنا ، ربنا تقبل منا وتب علينا أنك أنت التواب الرحيم •

نماذج من بدايات النسخ الخطية ونهاياتها



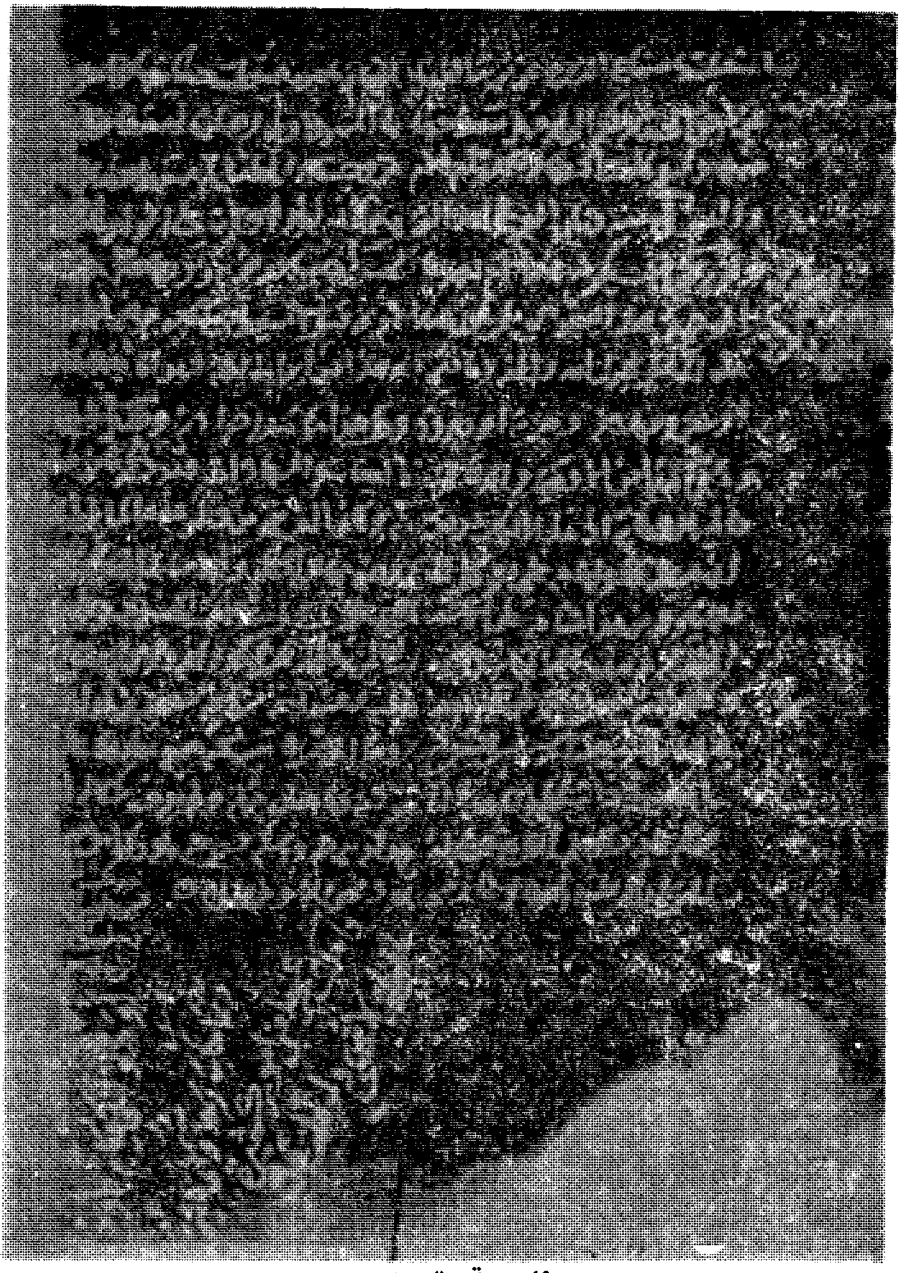
اللوحـة رقم (١)

صورة غلاف الأصل المحفوظ في مكتبة جستر بيتي بدبلن ـ ايرلندة



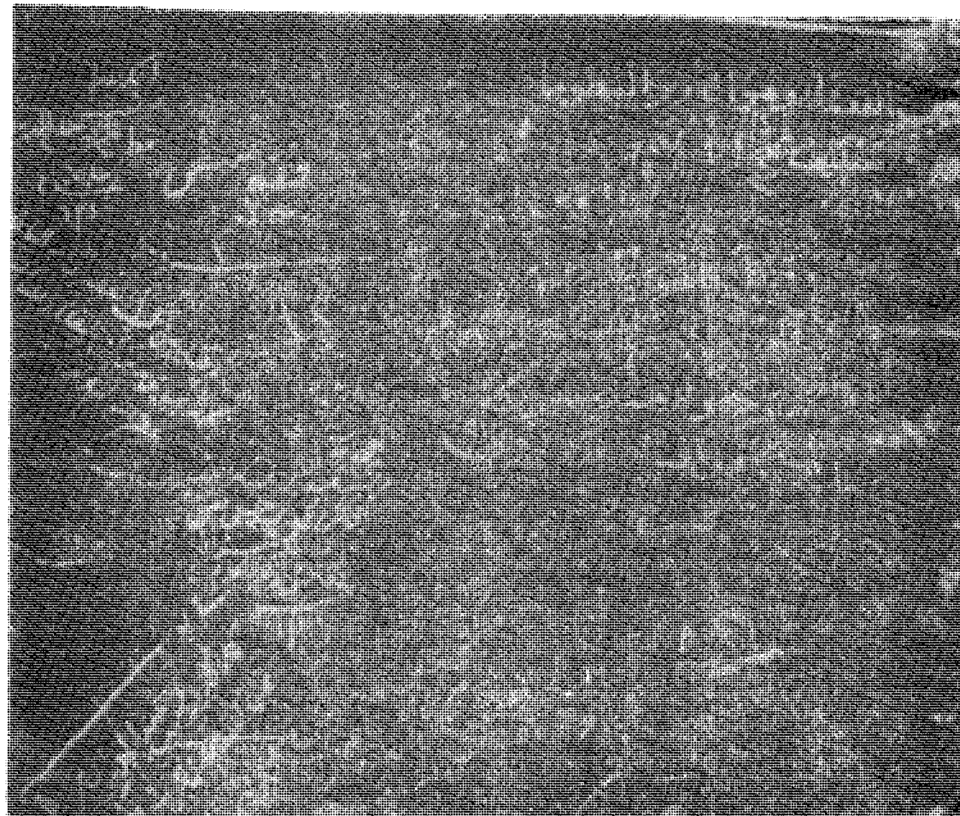
اللوحـة رقم (٢)

صورة الصفحة الأولى من الأصل المحفوظ في مكتبة جستر بيتي بدبلن - ايرلندة



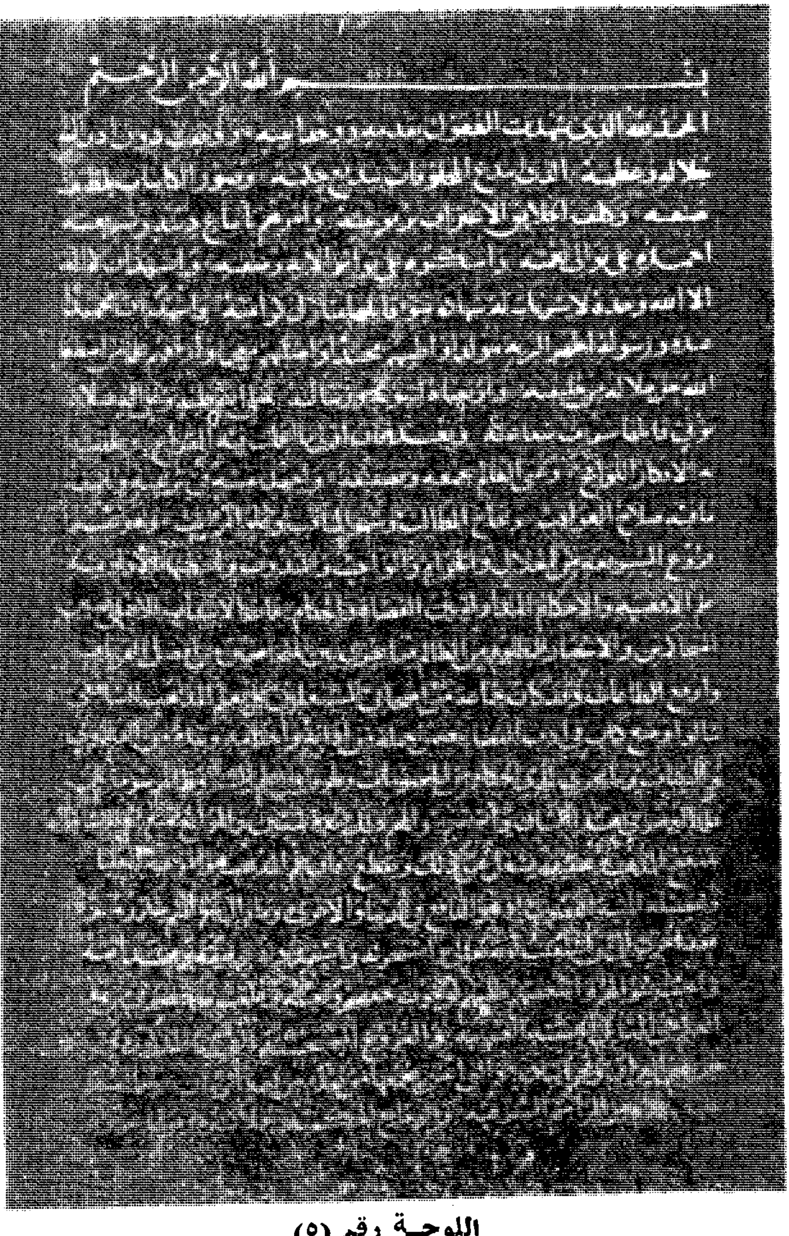
اللوحة رقم (٣)

صورة الورقة الأخيرة من الأصل المحفوظ في مكتبة جستر بيتي بدبلن - ايرلندة



اللوحــة رقم (٤)

صورة غلاف النسخة (ب) المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم ١٢ فقــه حنفي حليم



اللوحـة رقم (٥)

صورة الصفحة الأولى من نسخة (ب) المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم ١٢ فقه حنفي حليم



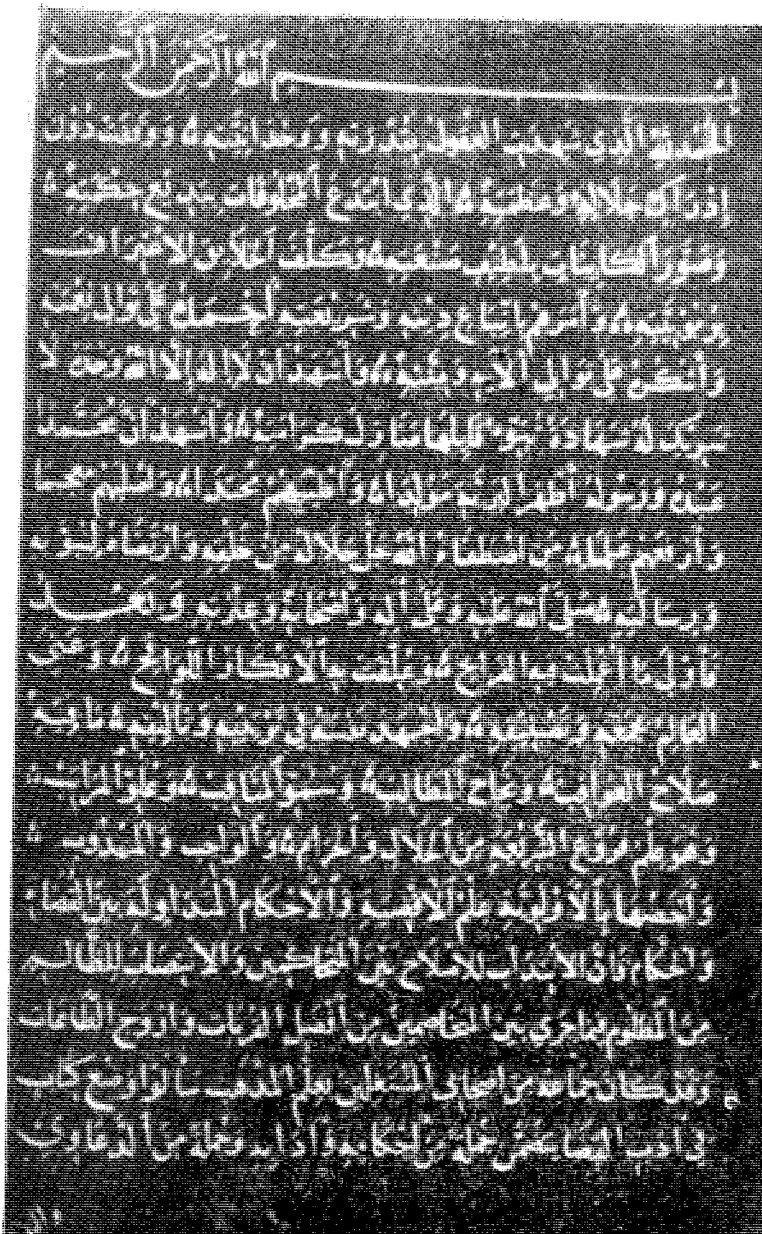
اللوحـة رقم (٦)

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (ب) المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم ١٢ فقه حنفي حليم



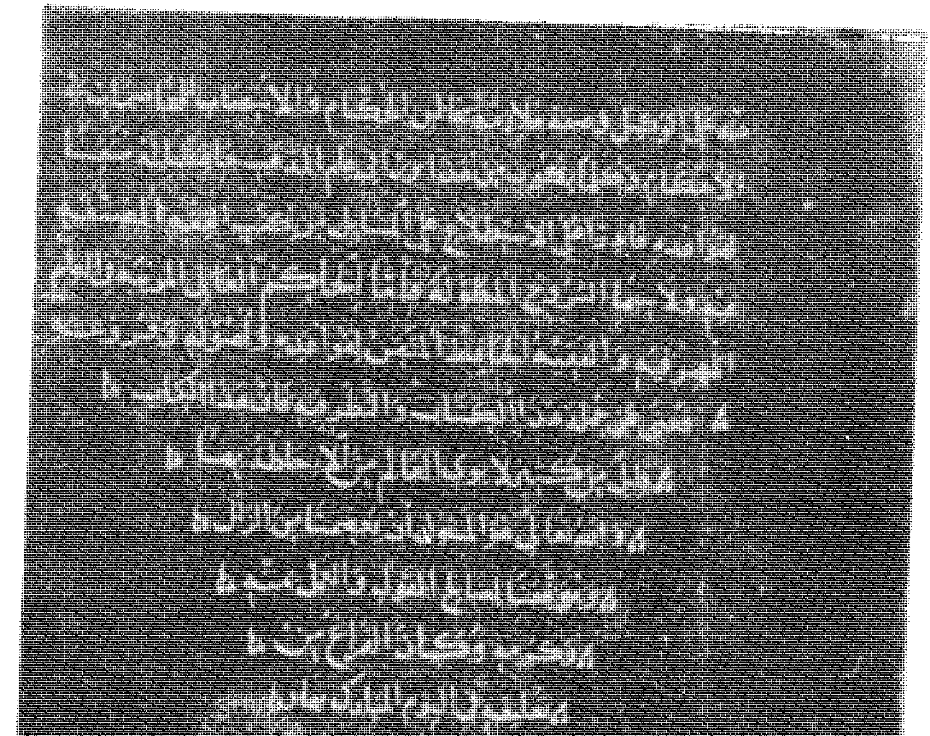
اللوحـة رقم (٧)

صورة غلاف النسخة (س) المحفوظة في المكتبة الوطنية بباريس


بسم الله الرحمن الرحيم

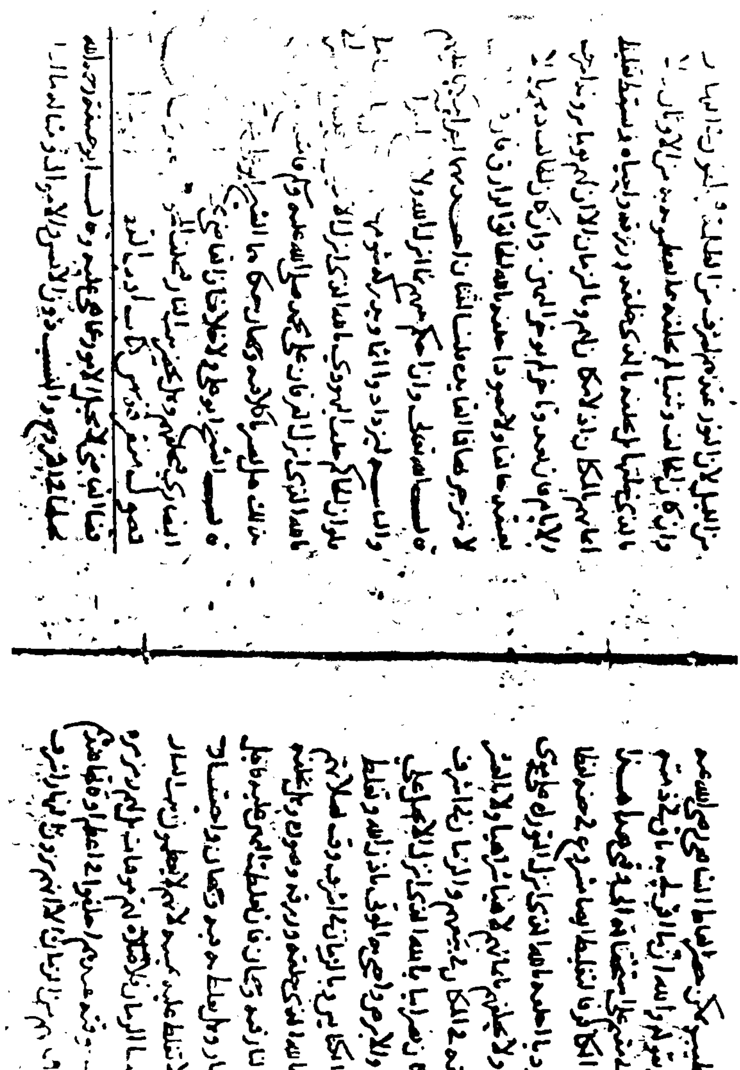
اللوحة رقم (٨)

صورة الصفحة الأولى من نسخة (س) المحفوظة في المكتبة الوطنية بباريس



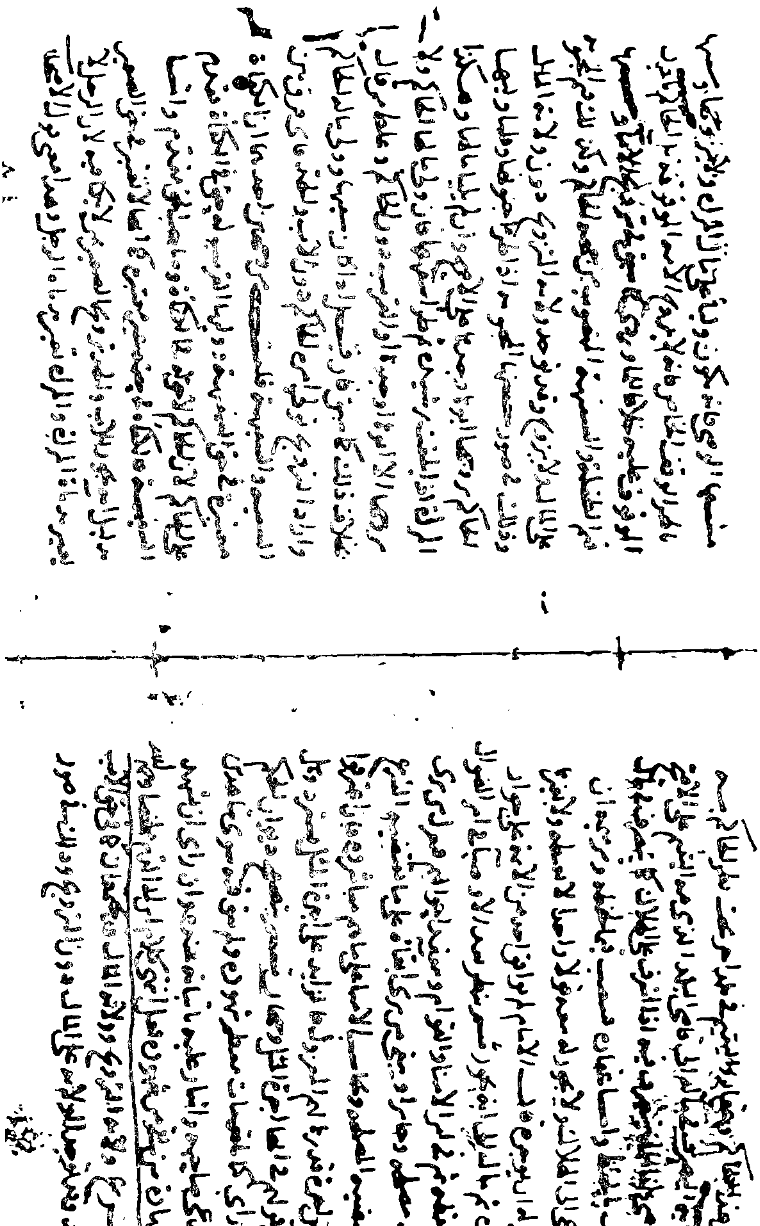
اللوحـة رقم (٩)

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (س) المحفوظة في المكتبة الوطنية بباريس



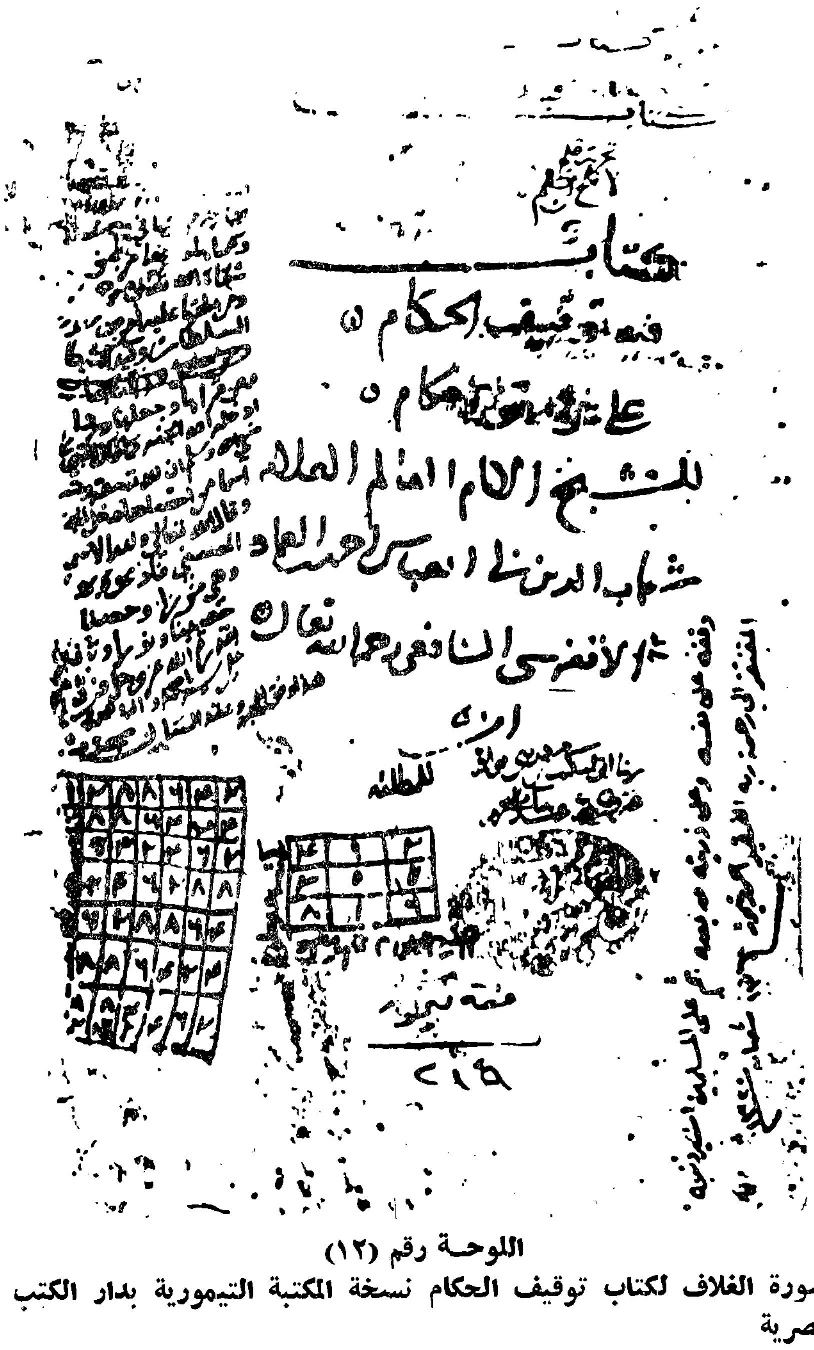
اللوحـة رقم (١٠)

صورة الصفحة ٩٢/أ من كتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة الظاهرية بدمشق



اللوحة رقم (١١)

صورة الصفحة ١١٢/ب من كتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة الظاهرية بدمشق



اللوحـة رقم (١٢)

صورة الغلاف لكتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة التيمورية بدار الكتب المصرية



اللوحــة رقم (١٣)

صورة الصفحة ١٤٤ من كتــاب توقيف الحكام نسخة المكتبة التيمورية بدار الكتب المصرية



اللوحة رقم (١٤)

صورة الصفحة ١٦٦ من كتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة التيمورية
بدار الكتب المصرية

الباب الثالث

دراسة لبعض المسائل التي وردت في الكتاب

يضم هذا الباب توطئة وأربعة فصول

الفصل الأول : نظرية القضاء عند ابن أبي الدم

الفصل الثاني : الدعوى عند ابن أبي الدم

الفصل الثالث : طرق الاثبات عند ابن أبي الدم

الفصل الرابع : الاحكـام التي يصـدرها القاضـي ونقضها

توطئـــة

رسم القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم في كتابه (أدب القضاء) منهجا قويمـا للقضاة في أنفسهم ، وفي عملهم ، مستنبطا من التشريع الاسلامي ، على وفق مذهب الامام محمـد بن ادريس الشافعي رضي الله عنـه وقواعده الأصولية التي سار عليها ، وعلى وفق اجتهادات أصحابه ، وتخريجاتهم • بين فيـه نظرية القضاء في التشريع الاسلامي ، وشروط ولاية القضاء ، ومجلس القضاء ، وآداب الجلسات ، وطريقة سير الدعوى ، والاجراءات المتبعـة منـذ البداية ، وما يتبع ذلك من اجراءات الاثبات ، واستحضار الخصوم ، والمرافعة ، واصدار الحكم ، وتنفيذه ، أو الكتابة به ، والطعن في الحكم ونقضه ، وتدوين تلك الأحكام في المحاضر والسجلات وشروط تلك المحاضر والسجلات ، وزود الكتـاب بصـور ونماذج من عقـود الابتياعات ، والشركة ، والاجارات ، والوقوف ، وغير ذلك ، وعقد في خاتمة الكتاب فصلا تضمن مسائل تجرى مجرى القواعد ، كثيرة التداول لدى الحكام في مجالس أحكامهم ، كثيرة النفـع لمن يتعلمها ، ولا سيما الوكلاء ، أو المحامين ، الذين نصبوا أنفسهم للدفاع عن موكليهم •

فمرامي الكتاب بعيـدة ، وآفاقه رحبة مديدة ، تقصر الهمة عن تدارس شيء يسير منها ، بَلْهَ كلها •

لذا سنقتصر في دراستنا هذه على أربع نقاط في أربعة فصول على الوجه الآتي :

الفصل الأول : نظرية القضاء عند ابن أبي الدم •

الفصل الثاني : الدعوى عند ابن أبي الدم •

الفصل الثالث : طرق الاثبات عند ابن أبي الدم •

الفصل الرابع : الاحكام التي يصدرها القاضي ونقضها •

الفصل الأول

نظرية القضاء عند ابن أبي الدم

معنى القضاء :

القضاء في اللغة[(١)] يطلق ويراد به معان منها :

الالزام ، ولذلك سمى الحاكم قاضيا ، لأنه يلزم الناس الاحكام .

ومنها التقدير : يقال : قضى الحاكم على فلان بالنفقة ، أي قدرها عليـــه .

ومنها الأمر : ومنه قوله تعالى : « وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه »[(٢)] أي أمر .

ومنها اقامة شيء مقام غيره ، ومنه قولهم : قضى فلان دينه ، أي أقام ما دفعه اليه مقام ما كان في ذمته .

وغير ذلك من المعاني .

والقضاء في الاصطلاح[(٣)] : يطلق ويراد به فصل الخصومات بقول

---

(١) انظر مادة (قضى) في القاموس : ٣٨١/٤ ، تاج العروس : ٢٩٦/١٠ ، المصباح المنير : ٧٨١/٢ .

(٢) الاسراء : ٢٣ .

(٣) انظر في تعريفه : حاشية رد المحتار ١٥٢/٥ ، تبصرة الحكام : ١٢/١ ، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون المسمى بدستور العلماء : ٧٢/٣ ، الفروق : ٥٣/٤ ، السراج الوهاج على المنهاج : ٥٨٧ ، مغنى المحتاج : ٢٧٢/٤ ، حاشية عميرة : ٢٩٥/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٢٤/٨ ، التعريفات : ١٥٥ حاشية الجمل على شرح المنهج : ٣٣٤/٥ .

ملزم صادر عن ذي ولاية عامة .

ولما كان القضاء بين الناس ، وفض التنازع بينهم فرض كفاية كما يقول شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم[٤] ، بل هو عنده من أهم فروض الكفايات[٥] ، ومن أسناها[٦] ، حتى ذهب امام الحرمين[٧] والغزالي[٨] الى تفضيله على الجهاد ، لما في الناس من التنافس ، وللاضطرار اليه « كان من أفضل القربات ، وأرفع الطاعات » كما يقول ابن أبي الدم[٩] ، بل هو كما يعبر عنه في موضع آخر « تلو النبوة »[١٠] .

ومن هنا كان علم القضاء « من أجل العلوم قدرا ، وأعزها مكانا ، وأشرفها ذكرا ، لأنه مقام علي ، ومنصب نبوي ، به الدماء تعصم وتسفح ، والأبضاع تحرم وتنكح ، والأموال يثبت ملكها ويسلب ، والمعاملات يعلم ما يجوز منها وما يحرم ويكره ويندب ... »[١١] .

لذلك كان منصبه خطيرا ، ودوره كبيرا .

دليل مشروعية القضاء ولزومه عند ابن أبي الدم :

ثبتت مشروعية القضاء ولزومه عند ابن أبي الدم[١٢] بالكتاب

---

(٤) انظر أدب القضاء ، الفقرة : ٩ ، ٢٤ ، ٢٥ ، وقابل ذلك بما في الوجيز للغزالي : ٢/٢٣٧ ، مغنى المحتاج : ٤/٢٧٢ .

(٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥ .

(٦) نهاية المحتاج : ٨/٢٢٤ .

(٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٧ .

(٨) نهاية المحتاج : ٨/٢٢٤ .

(٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٢ .

(١٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٥ .

(١١) تبصرة الحكام : ١/٥ .

(١٢) انظر أدب القضاء ، الفقرات : ٥ ، ٧ ، ٩ ، ٢٤ .

والسنة والاجماع ، وزاد فقهاء آخرون العقل والعرف :

١ ـ أما الكتاب :

فآيات كثيرة جاءت تأمر بالحكم بما أنزل الله ، منها قوله :

« كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس في ما اختلفوا فيه »(١٣) .

وقوله :

« وأن احكم بينهم بما أنزل الله »(١٤) .

وقوله :

« فاحكم بينهم بما أنزل الله »(١٥) .

وغير ذلك من الآيات .

الى جانب آيات أخرى تذم الممتنعين من اجابة داعي الحاكم الى مجلس حكمه :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون »(١٦) .

وأخرى تمدح المنقادين لله المذعنين لأحكامه ، المستجيبين لرسل القضاة اذا دعوا الى مجلس الحكم قائلين سمعا وطاعة :

« انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا »(١٧) .

---

(١٣) البقرة : ٢١٣ .
(١٤) المائدة : ٤٩ .
(١٥) المائدة : ٤٨ .
(١٦) النور : ٤٨ .
(١٧) النور : ٥٦ .

٢ ـ وأما السنة :

فأحاديث كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم :

« اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وان أخطأ فله أجر واحد »[١٨] .

وقوله :

« القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة : قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار »[١٩] .

٣ ـ واما الاجماع :

فقد تقلده المصطفى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الأربعة رضوان الله عليهم ، ووليه بعدهم أئمة المسلمين من أكابر التابعين ، وتابعيهم ، فصار بفعلهم اجماعا[٢٠] .

وأما ما أورده القاضي شهابالدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم من الآثار في الترغيب عنه ، والتزهيد فيه ، فانما هو لبيان عظيم مسؤولية القاضي ، وجسامة العبء الملقى عليه ، خشية أن يزل ، أو يجور ، ومن هنا أورد لنا ابن أبي الدم أخبارا عن امتناعهم من الدخول فيه[٢١] .

---

(١٨) حديث : « اذا اجتهد الحاكم ... » متفق عليه من حديث عمرو بن العاص وأبى هريرة ، انظر تخريجه في تعليقات الفقرة : ٥ من أدب القضاء لابن أبي الدم .

(١٩) حديث : « القضاة ثلاثة ... » رواه أبو داود عن بريدة . انظر تخريجه في تعليقات الفقرة : ٥ من كتاب أدب القضاء لابن أبى الدم .

(٢٠) أدب القضاء في الفقرة : ٧ .

(٢١) أدب القضاء ، الفقرة : ٦ ، ٨ .

٤ ـ وأما العقل والعرف :

فانه لما كان القضاء كما يقول الماوردي[٢٢] أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر ، والله تعالى يقول : « الآمرون بالمعروف والناهون عن المنكر »[٢٣] ولما في طباع الناس من التنافس والتغالب ، ولما فطروا عليه من التنازع والتجاذب ، يقل فيهم التناصر ، ويكثر فيهم التشاجر والتخاصم ، اما لشبهة تدخل على من تدين ، أو لعناد يقدم عليه من تجور ، دعت الضرورة الى قودهم الى الحق والتناصف بالاحكام القاطعة لتنازعهم والقضايا الباعثة على تناصفهم .

ولأن عادات الأمم به جارية ، وجميع الشرائع به واردة .

ولأن في أحكام الاجتهاد ما يكثر فيه الاختلاف ، فلم يتعين أحدهما بين المختلفين فيه الا بالحكم الفاصل والقضاء القاطع[٢٤] .

أحوال الناس في القضاء والقيام به وطلب الدخول فيه :

والقاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم[٢٥] يرى أن أحوال الناس في القضاء ، والقيام به متباينة ، لاعتبارات مختلفة ، لذلك اختلف حكم القضاء بالنسبة لهؤلاء :

فمنهم من يتعين عليه القيام به ، فهو في حقه فرض عيني ، لا يسقط عنه اذا قام به غيره ، وذلك لعدم وجود من هو أكفأ منه علما ومقدرة .

ومنهم من يكون عليه فرض كفاية اذا لم يقم به غيره ، لوجود من

---

(٢٢) أدب القاضي للماوردي : ١/١٣٥ .
(٢٣) التوبة : ١١٢ .
(٢٤) أدب القاضي للماوردي : ١/١٣٥ ـ ١٣٦ .
(٢٥) أدب القضاء ، الفقرات : ٩ ، ٢٤ ، ٢٧ ـ ٢٩ .

يشاركه في صفاته ، فاذا لم يقم به أحد منهم أثموا جميعا •

ومنهم من يكون في حقه مندوبا لتفضيله على غيره •

ومنهم من يكون في حقه مكروها •

ومنهم من يكون في حقه مباحا •

ومنهم من يحرم عليه لكونه ليس من أهله •

وبناء على ذلك يختلف طلب الناس للدخول فيه بحسب هذه الدرجات :

فيجب على بعضهم ، ويحرم على بعض ، ويستحب على بعض ويكره على بعض ، ويباح على آخرين والأولى لهم الامتناع حينئذ •

تقليد القضاء عند ابن أبي الدم :

لتقليد القاضي في الأنظمة الحديثة ثلاث طرق(٢٦) :

١ ــ الانتخاب ، على اختلاف طرقهم فيه ، كأن يكون مباشرا ، أو على درجات ، أو بواسطة أفراد الشعب ، أو ممثليهم ، أو بواسطة هيئات معينة كالمحامين وغيرهم ، أو بواسطة لجنة تشريعية خاصة ••• وغير ذلك من طرق الانتخاب •

وهذه الطريقة تضمن استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية • الا أنها قد يتوجه اليها النقد لكون السلطة القضائية فيه معرضة

---

(٢٦) انظر الدكتور ابراهيم عبدالمجيد : نظام القضاء في الاسلام : ٤٠ ، الدكتور نصر فريد محمد واصل : السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام : ١٣٣ ، أصول المرافعات للدكتور أحمد مسلم : ٥٢ ، ٥٣ ، القضاء في الاسلام وحماية الحقوق للدكتور عبدالعزيز خليل بديوي : ٢٢ •

للتأثر من جانب الأحزاب السياسية المسيطرة على الناخبين ، وقد تكون الدعاية سببا في اعطاء الأفضلية لمن لا يستحقها وغير ذلك .

٢ ـ التعيين ، بأن تقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة .

ولهذه الطريقة مزايا ، منها مراعاة الكفاية عند القضاة بطرقها المعروفة ، وتعيين الكفوء لهذه الولاية . وفي ذلك ما فيه من ضمان سير القضاء سيرا حسنا محققا للعدالة .

الا أنها قد يتوجه اليها بعض النقد في أن السلطة القضائية خاضعة للسلطات الأخرى وغير مستقلة بذاتها .

٣ ـ الجمع بين الانتخاب والتعيين : وذلك بأن يعين القاضي وينتخب له محلفون لغرض التكامل .

ولكن القاضي شهاب الدين أبا اسحاق ابراهيم بن أبي الدم لم يشر الا الى الطريقة الثانية ، وهي طريقة التعيين(٢٧) .

وهي منصوص الأئمة من الفقهاء الشافعية وغيرهم .

وربما وجدت الطريقة الأولى في كتب الفقهاء ، لكن في حالات الضرورة فقط :

قال الماوردي :

« ولو اتفق أهل بلد قد خلا من قاض على أن قلدوا عليهم قاضيا ، فان كان أمام الوقت موجودا بطل التقليد ، وان كان مفقودا صح التقليد ، ونفذت أحكامه عليهم ، فان تجدد بعد نظره أمام لم يستدم النظر الا

(٢٧) انظر أدب القضاء الفقرة ٢٦ وما بعدها في الفصل الثالث من الباب الأول .

باذنه ، ولم ينقض ما تقدم من حكمه »[٢٨] •

وعلى كل حال ليس ذلك نقصا في التشريع ، فانه ما دام أمر تنصيب القضاة بيد الامام أو بيد من يفوض اليه الأمر كقاضي القضاة مثلا فان للامام أو نائبه أن يفوض انتخاب القاضي الى أهل البلد مثلا ، أو الى هيئة معينة من ذوي الخبرة ، وليس في ذلك ما يمنع ، ولم ينص على منعه أحد من الفقهاء •

فضلا عن أن طريقة التعيين في ظل التشريع الاسلامي لا تتوجه اليها قضية تخطى الكفايات والتأثر بالأهواء ، والمصالح الخاصة[٢٩] ، أو خضوع السلطة القضائية للسلطات الأخرى ، لأن الوازع في ظل هذا التشريع ديني وليس دنيويا ، فعلى الامام يقع واجب تعيين الكفوء المستحق لهذه الولاية في الواقع وعين الأمر ، والقاضي مأمور بالعدالة حتى مع عدوه •

شروط ولاية القضاء عند ابن أبي الدم :

يرى القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه لا يقلد منصب القضاء الا من توفرت فيه عشرة شروط[٣٠] على جهة الاجمال هي :

الاسلام والحرية والذكورة والتكليف والعدالة والبصر والسمع والنطق والكتابة والعلم بالأحكام الشرعية •

---

(٢٨) الأحكام السلطانية : ٧٦ ، وقد ضيق العبارة كثيرا في أدب القاضي له فانظر ذلك في جـ ١ ص ١٣٩ الفقرة ٤١ وما بعدها •

(٢٩) انظر تفصيل ذلك في كتاب نظام القضاء في الاسلام للدكتور ابراهيم عبدالمجيد : ص ٤٤ •

(٣٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠ وما بعدها •

ولكن هذه الشروط منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه •
فأما المتفق عليه : فثلاثة :

١ ـ الاسلام • ٢ ـ الحرية • ٣ ـ التكليف •

فلا يصح تقليد الكافر والعبد[٣١] والمجنون والصبي •

لأن القضاء ولاية ، ولا ولاية لهؤلاء على المسلمين •

أما المختلف فيه : فهي :

١ ـ سلامة الحواس كالسمع والبصر والكلام ، فلا يجوز قضاء الأصم ولا الأعمى ولا الأخرس ، وذهب المالكية الى جواز قضائهم[٣٢] ان ولّوا •

٢ ـ العدالة : فلا يصح قضاء الفاسق • وذهب الحنفية الى أن العدالة شرط الأولوية[٣٣] ، وذهبت طائفة من المالكية الى أنها شرط جواز لا شرط صحة[٣٤] ، وعلى هذا فان الفاسق تصح توليته القضاء ، ولو قضى صح قضاؤه ، لحاجة الناس ، ولكن ينبغي ان لا يولى ، ويأثم موليه ، والأولى لديهم ان يكون القاضي عدلا ، كما ان الأولى أن القاضي لا يقضي بشهادة الفاسق •

وقد اتفق الجميع على أن المحدود في قذف لا تصح ولايته القضاء ، كما لا تصح شهادته •

---

(٣١) وقد شذ ابن حزم فذهب الى جواز أن يلي العبد القضاء (انظر المحلى : ج ٩ ص ٤٣٠) •
(٣٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤/١٣٠ ، تبصرة الحكام : ١/٢٤ •
(٣٣) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد : ١/١٢٩ ، مجمع الأنهر : ٢/١٥١ ، الفتاوى الهندية : ٣/٣٠٧ •
(٣٤) تبصرة الحكام : ١/٢٤ •

٣ ـ الذكورة : فلا يصح تقليد المرأة القضاء عند الجمهور ، لقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء »(*) ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة »(٣٥) .

وذهب الحنفية(٣٦) الى أنه يصح قضاؤها في ما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها تصح فيما سوى الحدود والقصاص .

وحكى عن ابن جرير الطبري(٣٧) وابن حزم(٣٨) جواز قضائها قياسا على جواز فتياها .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

٤ ـ العلم بالأحكام الشرعية : بأن يكون عالما بالكتاب والسنة والاجماع والاختلاف والقياس ولغة العرب والفقه وغير ذلك ، مع العقل والفهم والأمانة والتدين ، وأن يكون من أهل الشهادة ، وبعبارة أخرى ان يكون ممن تتوفر فيه صفة الاجتهاد ، فلا يصح أن يولى العامي أو الجاهل بالأحكام الشرعية ، فلا شك أن العالم أفضل من الجاهل ، لقوله تعالى : « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون »(٣٩) وقال : « وان احكم

(*) النساء : ٣٤ .
(٣٥) حديث « لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة » رواه البخاري في المغازي عن أبي بكرة (انظر صحيح البخاري : ٣/٦٠) وهو عند الحاكم وابن حبان وأحمد مطولا (المقاصد الحسنة ص ٣٤٠ رقم ٨٧٨) .
(٣٦) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام ابن مازة : ٣/١٦٠ رقم ٦٧٠ ، بدائع الصنائع : ٩/٤٠٧٩ .
(٣٧) المغنى والشرح الكبير : ١١/٣٨٠ ، بداية المجتهد : ٢/٤٢١ .
(٣٨) المحلى : ٩/٤٢٩ .
(٣٩) الزمر : ٩ .

بينهم بما أنزل الله »[٤٠] والجاهل لا يستطيع أن يحكم بما أنزل الله لأنه لا يعلمه .

وروى عن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة ، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار »[٤١] .

وذهب جمهور الحنفية[٤٢] وبعض متأخري المالكية[٤٣] ، الى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا ، فيجوز أن يولى غير المجتهد ، ويحكم بفتوى غيره ، لأن الغرض فصل الخصومات وفق الشرع ، وهذا يتم بتقليد غيره ، ولكن الأولى أن يكون مجتهدا .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

٥ ــ الكتابة : وقد حكى ابن ابي الدم[٤٤] في تولية الأمي القضاء وجهين مشهورين عند الشافعية[٤٥] .

---

(٤٠) المائدة : ٤٩ .

(٤١) حديث : « القضاة ثلاثة ... » مر قبل قليل وانظر تخريجه في تعليقات الفقرة (٥) من أدب القضاء .

(٤٢) بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ، الفتاوى الهندية : ٣٠٧/٣ ، مجمع الأنهر : ١٥٤/٢ .

(٤٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٢٩/٤ ، بداية المجتهد : ٤٢١/٢ .

(٤٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨ .

(٤٥) انظر الوجهين في روضة الطالبين : ٩٧/١١ .

وهو كذلك عند سائر الفقهاء[٤٦] .

آداب القضاة :

وقد ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم[٤٧] أدابا يجمل بالقضاة أن يتأدبوا بها ، تساعد على تحقيق الحق ، واقامة العدالة ، ويستعينون بها على فصل الخصومات ، وبها تزداد مجالس الحكام هيبة .

منها صفات في نفس القاضي ، كان يقدم الى القضاء وهو مستقر النفس مطمئن البال ، فلا يقضي وهو غضبان ، او جوعان ، أو ضجر ، أو قلق ، او حاقن ، وعليه ان يكون عفيفا امينا ، يصون نفسه عن كل ما يريب ، كالهدايا والضيافة ، وممارسة البيع والشراء بنفسه وغير ذلك مما يكون مظنه للشبهة ، وطريقا للرشوة ، والممايلة ، الى احد الخصمين الى جانب الهيئة التي يكون فيها القاضي من ملبس ، ومجلس ، ووقار ، وخشوع ، والابتعاد عن كل ما يقلل الهيبة ، ويخرم المروءة .

ومنها اداب تخص النواحي الشكلية : كاعلام أهل البلد بقدومه ، وقراءة عهد التقليد (أو أمر التعيين) عليهم ، واتخاذ الموضع المناسب للقضاء ، بحيث يكون وسط البلد فسيحا ، يقي المراجعين من تقلبات الاحوال الجوية شتاء ، وصيفا .

وأن يتخذ له بوابا ، وحاجبا ، وقاسما ، وكاتبا ، ومترجما ، ومسمعا ، وأمناء ، وأعوانا ، وخبراء ، وأصحاب مسائل ، ومزكين ، ويجلس معه

---

(٤٦) انظر بداية المجتهد : ٤٢٢/٢ ، المغنى والشرح الكبير : ٣٨٥/١١ ، تبصرة الحكام : ٢٦/١ .

(٤٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٥ وما بعدها .

في مجلس الحكم مشاوريه ، ولكـل هـؤلاء شروط ذكـرها القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، كما ذكر ترتيب العدول ، واتخـاذ الديوان ، وجمع سـلة الحكم ، واتخـاذ المحاضر والسجلات ، والتدقيق في المدونات ، وعدم الاعتماد على الخط ، وغير ذلك من الآداب التي تكثر الحاجة اليها .

فاذا بدأت الدعوى والترافع ، كان لها سياقها الذي يجب على القاضي أن يلتزم به .

وذلك يظهر لنا مدى تطور أمر القضاء شكلا وروحا ، ليضرب بسهم وافر في تحقيق العدالة ، ونصل الخصومات ، ويبين للناس أصالة انسانية تراث هذه الأمة ، وأبعاده الفكرية ، وعمقه الحضاري .

ومما يتصل بصلاحية القاضي للحكم بين الناس فوق أهليته الكاملة والآداب التي يتأدب بها في أثناء سير المحاكمة ، أن يكون مبرءا عما يثير الشكوك والشبهات في قضائه ، فلا يفضل أحد الخصمين على الآخر ، ولا يميزه بسلام أو كلام ، أو التفات ، أو قيام دون الآخر .

كما ذكر ابن أبي الدم أن لا يكون الحكم لوالديه أو لمولوديه وما جرى مجرى ذلك ، فلا ينفذ قضاؤه لوالده وان علا ، أو لابنه ، وان سفل ، كما لا ينفذ قضاء الموصى للموصى عليه(٤٨) .

كما ذكر ابن أبي الدم أن لا يكون الحكم على عدوه(٤٩) لوجود التهمة في كل تلك الصور .

---

(٤٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٧ وما بعدها .
(٤٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٠ .

انعقاد ولاية القاضي :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أن القضاء عقد(٥٠) من العقود يجري بين الامام وبين من سيقوم به ، يحتاج الى شروط تتوفر في من سيتولى القضاء ، وقد ذكرناها ، والى صيغة لعقده :

صيغة عقد القضاء :

وتكون عنده : اما باللفظ في الحضور ، أو بالمكاتبة في الغيبة .

ولا يجوز الاقتصار على المكاتبة في الحضور(٥١) .

ولفظ العقد عنده(٥٢) ينقسم الى صريح وكناية ومختلف فيه :

فالصريح : قوله : قلدتك القضاء ، أو وليتك القضاء ، أو استخلفتك ، أو استنبتك .

والكناية : قوله : اعتمدت عليك في القضاء ، أو عولت عليك ، أو وكلت اليك .

فلا ينعقد بهذه الكنايات حتى يقرن بها لفظ يزول به الاحتمال ، كقوله : فاحكم ، او فانظر ، أو فاقض .

والمختلف فيه : قوله : فوضت اليك القضاء ، أو رددت اليك القضاء ،

---

(٥٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٠ وما بعدها .

(٥١) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٣ ، وقد نقل ذلك من أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٧٧ الفقرة : ١٧١ ، فان العبارة بنصها فيه ، وفي الأحكام السلطانية : ٦٩ .

(٥٢) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٤ ، وانظر ذلك في أدب القاضي للماوردي : ١/١٧٧–١٧٨ الفقرات : ١٧٢ – ١٧٥ ، والأحكام السلطانية : ٦٩ .

أو جعلت اليك ، وأسندت اليك ، ففيها وجهان :

أحدهما : انها صريحة في التقليد .

والثاني : انها كناية ، وقد صحح ابن أبي الدم هذا الوجه(٥٣) فلابد من ذكر لفظ معها ليزول به ذلك الاحتمال .

وهذه التولية ، لابد فيها من ذكـر البلد والعموم والخصوص في القضاء(٥٤) .

ولا تتم هذه التولية أو هذا العقد عنده(٥٥) الا بقبول القاضي .

فان كان حاضرا فقبوله بالقول على الفور .

وان كان غائبا جاز قبوله على التراخي .

ولصحة قبول القاضي عند ابن أبي الدم(٥٦) شرطان :

أحدهما : علمه باستحقاقه تولية القضاء ، فان لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله .

والثاني : علمه من نفسه استكمال الشرائط المعتبرة في القضاء ، فان علم عدم استكماله لها لم يصح قبوله وكان بالقبول مجروحا .

وهي قضية جوهرية خطيرة ، فاذا لم تحصل قناعة الشخص بنفسه انه صالح للقضاء وأهل له لم يصح قبوله ، وكان قبوله جارحا في عدالته ،

---

(٥٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٤ .

(٥٤) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٥ ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ١٧٩٨ الفقرة : ١٧٦ ، والأحكام السلطانية : ٦٩ .

(٥٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٦ .

(٥٦) المرجع نفسه : ٣٧ .

للمعلم الدارسون ما في تراثنا من تخط للزمن وتأكيد على روح العدالة ، وهي نقطة تغفلها التشريعات الحديثة •

ثبوت تولية القاضي عند أهل البلد :

يرى القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم(٥٧) أنه لابد أن تثبت تولية القاضي عند أهل البلد ، فاذا لم تثبت عندهم فلا تلزمهم طاعته •

وثبوتها يكون بأحد طريقين :

اما بالشهادة ، بأن يشهد له شاهدان •

أو بالاستفاضة ، اذا كان البلد قريبا من بلد الامام وشاع الخبر عندهم •

وهل تكفي الاستفاضة دون الشهادة ؟ نقل القاضي ابن أبي الدم في ذلك وجهين •

أما في الوقت الحاضر ، فتختلف وسائل الاعلام ، فبمجرد نشر قرار التعيين في الجريدة الرسمية ، أو الطريق الرسمي ، يثبت التعيين وتجب الطاعة ، وقد يثبت التعيين بوصول الأوراق الرسمية دون نشر ، وهو أمر جائز ، ولا نرى في الفقه ما يمنع منه ، وذلك لحاجة الناس اليه •

---

(٥٧) أدب القضاء : الفقرة : ٣٨ ، متابعا فيها اقضى القضاة الماوردي اذ نقل عبارته ، وهي موجودة في أدب القاضي له : ١/١٨١ ـ ١٨٢ ، الفقرة : ١٩٢ وما بعدها ، وفي الأحكام السلطانية : ٧٠ •

اختصاص القاضي :

ذكر القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أن القاضي قد يكون اختصاصه عاما ، أو خاصا ، وذلك بحسب عقد التولية ، الذي لابد أن يذكر فيه البلد الذي يقلده القضاء فيه ، وصفة الحكم ، من عموم ، وخصوص[٥٨] .

فاذا نص عقد التولية على عموم ولايته في البلد كله دخل في اختصاصه سائر المنازعات ، كتثبيت الحقوق ، واستيفائها ، والعقود باختلاف أنواعها ، وفصل الخصومات في حقوق الأملاك ، والشفعة والحدود والمياه والاستطراق (أي المرور) والولاية على الأيامى ، وتزويجهن حين انعدام أوليائهن ، والولاية على اليتامى والمحجورين ، والنظر في الوقوف والوصايا ان لم يكن فيها ناظر ، واقامة الحدود على مستحقيها .

واذا نص عقد التولية على تخصيص معين ، تحدد اختصاصه بما عين :

فقد يحدد اختصاصه بالمكان مثلا ، فلا ينظر الا في جانب من جوانب البلد ، ومتى خرج منه الى محلة فوضت الى غيره لم ينفذ حكمه فيها[٥٩] .

وقد يحدد بقضية خاصة[٦٠] : كأن يتحدد بالنظر في القصاص مثلا ، أو في عقود البيع ، أو في عقود النكاح ، أو المداينات ، أو غير ذلك ، فلا يجوز له النظر في غير ذلك .

---

(٥٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٥ .
(٥٩) المرجع نفسه : ٤٣ .
(٦٠) المرجع نفسه : ٤٠ .

وقد يحدد بزمن معين ، أو باناس معينين ، أو بين الرجال دون النساء[٦١] •

بل ربما يتحدد بمقادير معينة من الأموال ، أو بمذهب معين[٦٢] •

فان أطلق العقد دون تحديد كان على العموم دون الخصوص[٦٣] •

وكل ذلك لا يختلف عن التشريعات الحديثة •

الاستخلاف في القضاء :

أشار القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابن أبي الدم الى جواز الاستخلاف في القضاء[٦٤] • وذلك بحسب عقد التولية الصادر من الامام :

فان نص على أن له الاستخلاف كان له أن يستخلف •

وان نهاه لم يجز له الاستخلاف •

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء[٦٥] •

لكن اذا أطلق العقد دون أن يذكر فيه الاستخلاف بجواز أو منع ، وهل للقاضي أن يستخلف ؟

---

(٦١) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٣ •
(٦٢) المرجع نفسه : ٤٠ •
(٦٣) المرجع نفسه : ٣٥ •
(٦٤) أدب القضاء ، الفقرة ٤١ ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٨٩ رقم الفقرة : ٣٦٤١ •
(٦٥) انظر المهذب : ٢/٢٩٢ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٨٩ ، رقم ٣٦٤١ ، معين الحكام : ٢٤ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٣٣ ، تبصرة الحكام : ١/٥٣ ، الفتاوى الهندية : ٣/٣١٦ •

ذكر القاضي ابن أبي الدم عن الأصحاب في ذلك ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن تتسع خطة البلد ، أو لا[٦٦] .

وهذه الأوجه الثلاثة ذكرها ابن فرحون عند المالكية[٦٧] .

والظاهر من مذهب الحنفية أن ذلك لا يجوز ، لأن الخليفة انما فوض التصرف اليه برأيه لا برأي غيره ، فلا يكون له أن يستخلف ، كالوكيل بالبيع اذا وكل رجل آخر ، لا يجوز هذا التوكيل[٦٨] .

ويذكر القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه يشترط في نائب القاضي ما يشترط في القاضي من صفات اذا كان مستخلفا في جميع الأحكام .

أما اذا كان مستخلفا في عمل خاص ، كسماع بينة ، أو سماع تزكية الشهود ، أو غير ذلك ، فلا يشترط فيه الا معرفة ما فوض اليه ، ولا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد[٦٩] .

وهو ما ذهب اليه المالكية[٧٠] والحنفية[٧١] .

عقد التحكيم :

والتحكيم ــ كما يقول القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن

---

(٦٦) أدب القضاء ، الفقرة : ٤١ .
(٦٧) تبصرة الحكام : ١/٥٤ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٣٣ .
(٨٦) شرح أدب القاضي للخصاف للحسام الشهيد : ٣/١٥٧ ، الفقرة : ٦٦٦ ، معين الحكام : ٢٣ ، الفتاوى الهندية : ٣/٣١٦ .
(٦٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٢ .
(٧٠) تبصرة الحكام : ١/٥٤ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٣٣ .
(٧١) معين الحكام : ٢٣ .

أبي الدم ـ أن يختصم رجلان في حق من الحقوق المالية ، فيحكما رجلا ليقضى بينهما[٧٢] •

فهو كالقضاء فصل بين المتخاصمين ، لكنه غير ملزم للطرفين الا برضاهما •

جواز التحكيم :

والتحكيم جائز في التشريع الاسلامي :

قال تعالى :

« وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما »[٧٣] •

وقد عمل به الصحابة ، فتحاكم عمر بن الخطاب وأبى بن كعب الى زيد بن ثابت[٧٤] •

وحكم أهل الشورى فيها عبدالرحمن بن عوف[٧٥] •

وحكم علي بن أبي طالب ومعاوية في الامامة[٧٦] ، أبا موسى الأشعري •

---

(٧٢) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٥ •
(٧٣) النساء : ٣٥ •
(٧٤) رواه البيهقي بسنده الى الشعبي (السنن الكبرى : ١٠/١٤٤) •
(٧٥) أخرجه البخاري والنسائي وابن حبان والطبراني وابن أبي شيبة وابن سعد وأبو عبيد في الأموال وغيرهم من حديث عمرو بن ميمون وغيره (انظر كنز العمال : ٥/٤٣٤ رقم ٢٤٦٣) •
(٧٦) وهو خبر مشهور في كتب السير والتاريخ •

نفاذ التحكيم :

والتحكيم وان كان جائزا فان القاضي شهاب‌الدين أبا اسحاق بن أبي الدم ينقل كلام الأصحاب في أن هناك قولين في نفاذ التحكيم[٧٧] ، وينقل اختلافهم في محل القولين :

فذكر أن منهم من قال : ان كان في البلد قاض لم يجز التحكيم قولا واحدا ، وانما القولان في ما اذا لم يكن هناك قاض[٧٨] .

ومنهم من قال : ان لم يكن في البلد قاض جاز التحكيم قولا واحدا ، وانما القولان فيما اذا كان هناك قاض .

ومنهم من قال : القولان في الجميع من غير فصل[٧٩] .

شروط المحكم :

ويشترط في المحكم عند القاضي شهاب‌الدين أبي اسحاق ابراهيم ابن أبي الدم أن يكون على صفة يجوز للامام فيها أن يوليه القضاء مطلقا[٨٠] .

---

(٧٧) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٥ .
(٧٨) المرجع نفسه : ١٩٦ .
(٧٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٦ وانظر بشأن ذلك أدب القاضي للماوردي : ٣٧٩/٢ الفقرة ٣٥٩٦ ، نهاية المحتاج : ٢٣٠/٨ ، مغني المحتاج : ٣٧٨/٤ ، اختلاف ابى حنيفة وابن ابى ليلى (مع الام) : ١٠٣/٧ ، روضة الطالبين : ١٢١/١١ ، روضة الحكام للروياني الورقة ٦/أ .
(٨٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٠٠ .

وقد ذهب الحنفية الى أن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكما فيه ، ومن لا فلا ، وعلى هذا يجوز تحكيم المرأة ، بخلاف الصبي والعبد والمحدود في القذف والأعمى ، لأنها تصلح للشهادة ، وهم لا يصلحون لها[٨١] .

وقد انقسم المالكية في صحة تحكيم الصبي والمرأة والفاسق على أربعة أقوال[٨٢] .

لزوم الحكم في التحكيم :

وقد نقل القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الاختلاف في لزوم الحكم في التحكيم ، هل يلزم بنفسه ، أم لابد من تراضيهما بعد الحكم . فنقل في ذلك قولين[٨٣] :

الأول ، وهو الأصح أنه يلزم بنفسه ، فعلى هذا لو رفع حكمه الى حاكم أجراه على وفق الشرع كغيره من القضاة .

والثاني ، وهو اختيار المزنى صاحب الامام الشافعي أنه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم لضعفه .

فان رجع أحدهما قبل التحكيم بطلت ولاية المحكم قولا واحدا ، اما اذا استمرا على الرضا حتى حكم ، ولم يجددا رضا ، فهناك خلاف فيه ،

---

(٨١) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٤/٦١ ، الفقرة : ١٠٧٧ ، معين الحكام : ٢٤ .

(٨٢) حاشية الدسوقي : ٤/١٣٦ ـ ١٣٧ .

(٨٣) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٧ .

فنقل عن أبي سعيد الاصطخري والماوردي[٨٤] أنه لا يؤثر رجوعه[٨٥] .

في أي شيء يجرى التحكيم ؟

وقد ذكر ابن أبي الدم أن التحكيم يجرى في كل الخصومات الا أنه ممنوع من استيفاء العقوبات ، ان جاز التحكيم فيها ، لأنها تخرم أبهة الولاية العامة[٨٦] .

وهو مذهب الحنفية[٨٧] .

وهل للمحكم أن يحبس المقر عنده ؟

ذكر ابن أبي الدم خلافا ، ومال الى أنه لا يحبس ، بل ليس له الا الاثبات[٨٨] .

ومن المعلوم أن حكم المحكم لا يتعدى الى ثالث غير المتحاكمين الا في مسألة العاقلة ، فقد ذكر فيها ابن أبي الدم[٨٩] خلافا مبنيا على أن الدية هل تجب على القاتل ابتداء ثم تتحملها العاقلة عنه ، أو تجب على العاقلة ابتـداء ؟

فان قيل : تجب أولا على القاتل وجبت هنا على العاقلة .

وان قيل : تجب على العاقلة ، فلا تجب لعدم رضاهم بها .

---

(٨٤) أنظر أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٨٣ ، رقم ٣٦١٦ ، والمهذب : ٢/٢٩١ .

(٨٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٧ .

(٨٦) المرجع نفسه : ١٩٩ .

(٨٧) معـين الحكام : ٢٥ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد ٤/٦٢ ، الفقرة : ١٠٨٠ .

(٨٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٨ .

(٨٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٠٤ ـ ٢٠٦ .

راتب القاضي :

ويرى القاضي شهاب الدين أبو اسحاق بن أبي الدم[٩٠] أنه اذا تقلد شخص القضاء ، وتعين عليه ، وكانت له كفاية من أمواله ، لم يجز له أخذ الرزق عليه ، لفرضيته عليه وكفايته ٠

وان كان فقيرا أو مسكينا ، لا يكفيه ما يملكه جاز له أن يأخذ عليه قدر كفايته من بيت المال ٠

أما اذا لم يتعين عليه ، فان كان محتاجا ، جاز له أخذ الرزق على قدر الكفاية ، وان كان غنيا فالأولى له أن لا يأخذ شيئا[٩١] ٠

وذهب جمهور الفقهاء الى جواز أخذ الرزق من بيت المال على الكفاية ، كشأن المعلمين الذين يعلمون القرآن ، والفقهاء ، والمؤذنين ، لأنه ان لم يكف هؤلاء من بيت المال فسيؤدي ذلك الى ترك هذه الأمور وتعطيلها ، لانشغالهم بكسب قوتهم[٩٢] ٠

---

(٩٠) المرجع نفسه : ٤٤ ٠

(٩١) وهو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية ، فانظر بشأن هذا الموضوع : الأم : ٦/٢٢٢ ، المختصر : ٥/٢٤٥ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/٢٩٤ ، المهذب : ٢/٢٩١ ، نهاية المحتاج : ٨/٢٣٩ ، مغنى المحتاج : ٤/٣٨٩ ٠

(٩٢) انظر الفتاوى الهندية : ٣/٣٢٩ ، روضة القضاة للسمناني : ١/٨٥ ، البدائع : ٩/٤١٠٤ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة : ٢/٩ الفقرة : ٢٦٥ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٣١ ، تبصرة الحكام : ١/٣٠ ، المغنى والشرح الكبير : ١١/٣٧٦ ، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام : ٢٦٦ ٠

عزل القاضي :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه قد يعزل القاضي عن ولاية القضاء باحدى طرق ثلاث :

١ ـ عزل القاضي نفسه بعلم السلطان ، وهو الذي عليه الجمهور ، ولكن ذلك مقيد عند ابن أبي الدم بما اذا لم يتعين عليه ، فان تعين عليه القضاء لم ينعزل[٩٣] .

٢ ـ اذا فسق[٩٤] ، لكن هل ينعزل بنفس الفسق ، أم لابد من عزله من جهة الامام ؟ فيه وجهان أصحهما عند ابن أبي الدم متابعا فيه الماوردي[٩٥] أنه ينعزل بمجرد فسقه ، ويحرم عليه والحالة هذه متى فسق أن ينصب نفسه للحكم ويحكم بين اثنين ، ويجب عليه رفع حاله السيئة الى ولي الأمر ليولى على المسلمين عدلا غيره .

وهو تأكيد على مبدأ التربية الذاتية ، والوازع ، الذي أغفلته التشريعات الحديثة .

واختلف المالكية كذلك ، ولكن الراجح عندهم عدم العزل[٩٦] .

وقال الحنفية : لا ينعزل بالفسق ، ويجب على السلطان عزله ، لأن العدالة ليست شرطا لأهلية القضاء عندهم ، بل هي شرط الأولوية ، فلو

---

(٩٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٩ .

(٩٤) المرجع نفسه : ١٤ .

(٩٥) أدب القاضي للماوردي : ١/٦٣٦ .

(٩٦) تبصرة الحكام : ١/٧٨ .

قلد الفاسق صح[٩٧] •

ويرى ابن أبي الدم أن الجنون والاغماء والكفر مثل الفسق[٩٨] •

٣ ـ اذا عزله الامام :

ذكر القاضي شهابالدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم[٩٩] متابعا امام الحرمين أن للامام أن يعزل القاضي اذا رابه منه أمر ، ويكفى فيه غلبة الظن بذلك •

فلو لم يظن به غير الخير ، قال الأصحاب : ان عزله بأفضل منه نفذ ، وبمن هو دونه في الصلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب ، وبمثله فيه وجهـان •

ثم بين أنه ان عزله بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل ، أما لو عزل لا عن نظر ، فهل ينفذ عزله ؟ فيه تردد لبعض المنتمين الى الأصول ، والذي قطع به امام الحرمين أنه ينفذ عزله ، ولكن يتعرض صاحب الأمر لخطر الاثم •

وقيد القاضي شهابالدين أبو اسحاق ابن أبي الدم[١٠٠] ذلك بما لو لم يتعين ذلك على القاضي • فان تعين عليه القضاء ، فانه لا ينعزل •

---

(٩٧) انظـر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة البخـاري : ١٤٨/٣ رقـم الفقـرة : ٦٥٩ ، الفتاوى الهندية : ٣١٧/٣ ، فتح القدير : ٤٦١/٥ •

(٩٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٤ •

(٩٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٩ ، وانظر بشأن الموضوع أدب القاضي للماوردي : ١٨١/١ ـ ١٨٣ ، مغنى المحتـاج : ٣٨١/٤ ، نهـاية المحتاج : ٢٣٢/٨ ـ ٢٣٣ •

(١٠٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٩ •

وشدد في النكير على اقضى القضاة الماوردي في قوله ان القضاء من العقود الجائزة في حق المولى والمولى دون اللازمة ، لأنه استنابة كالوكالة ، فلا يلزم في حق واحد منهما ، فللمولى أن يعزله متى شاء ، والأولى أن لا يعزله الا لعذر ، هذا كلام الماوردي[(١٠١)] .

وقد ذهب الحنفية والزيدية في أصح الوجهين والحنابلة في احدى الروايتين ، الى أنه يجوز للامام عزل القاضي بريبة وبغير ريبة[(١٠٢)] .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في روايتهم الثانية والزيدية في الوجه الثاني الى أنه لا يجوز العزل من غير سبب يدعو الى ذلك[(١٠٣)] ، وهو الذي عبر عنه ابن أبي الدم بقوله (لمصلحة) أو (عن نظر) أو (لريبة)[(١٠٤)] .

والظاهر أن هذا الرأي هو الراجح ، لئلا يكون عزل القاضي خاضعا للأهـواء .

* * *

---

(١٠١) أدب القاضي للماوردي : ١/١٨١ – ١٨٣ ، وقابل ذلك بما في الأحكام السلطانية : ٧٠ ، وانظر كلام ابن أبي الدم في ذلك في أدب القضاء : الفقرة : ٣٩ .

(١٠٢) انظر معين الحكام : ٢٢٣ ، البحر الزخار : ٦/١٣٥ ، المغنى والشرح الكبير : ١١/٤٧٩ .

(١٠٣) انظر مغنى المحتاج : ٤/٣٨١ ، نهاية المحتاج : ٨/٢٣٢ – ٢٣٣ ، تبصرة الحكام : ١/٧٨ ، نظام القضاء في الاسلام للدكتور ابراهيم عبدالمجيد : ٥٧ ، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام : ٢٩١ .

(١٠٤) أدب القضاء : الفقرة : ٣٩ .

الفصل الثاني

الدعوى عند ابن أبي الدم

تعريف الدعوى :

الدعوى في اللغة :

مأخوذة من الدعاء ، قال تعالى : « وآخر دعواهم »[١] وقال : « ولهم ما يدعون »[٢] أي أجر دعائهم ، وكلاهما مأخوذ من الفعل دعا يدعو بمعنى الطلب ، وقد يستعمل بمعنى التمني أو الزعم أو القول الذي يوجب حقا على الغير ، وغير ذلك من المعاني .

وجمع الدعوى : الدعاوى والدعاوى - بفتح الواو وكسرها ، قال بعضهم : وفتحها أولى[٣] .

وفي الاصطلاح :

اخبار عن وجوب حق له على غيره عند حاكم ومطالبته به[٤] .

وركنهـا :

---

(١) يونس : ١٠ .

(٢) يس : ٥٧ .

(٣) مادة (دعو) في المصباح المنير : ١/٢٩٨ ، والقاموس المحيط : ٤/٣٢٨ .

(٤) انظر في تعريفها : كشاف اصطلاحات الفنون (تحقيق لطفي عبدالبديع) مادة دعوى : ٢/٣٠٦ ، طلبة الطلبة : ١٣٤ ، مغني المحتاج : ٤/٣١٤ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩١ ، البحر الرائق : ٧/٢٠٩ ، أدب القاضي للماوردي ج ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٤٩٩٥ .

هو اللفظ الذي تتم به ، كأن يقول : لي على فلان كذا وكذا أو قضيت حق فلان ، أو ابرأني منه أو غير ذلك من الالفاظ ٠

مشروعية الدعوى :

والأصل في مشروعيتها قوله صلى الله عليه وسلم :

« لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »(٥) ٠

ولما كانت الخصومات أمرا واقعا بين الناس ، يؤدى استمرارها الى حدوث الفساد وضياع الحقوق كان لابد من فصلها بطريق الدعوى أمام القضـاء ٠

عناصر الدعوى عند ابن أبي الدم :

الدعوى في القوانين الوضعية تتألف من ثلاثة عناصر(٦) :

العنصر الأول : طرفاهـا : الطـرف الاول هـو الطالب أو المدعى demandeur والطرف الثاني هو المدعى عليه أو المدافع defendeur

والعنصر الثاني : موضوع الدعوى ، وهو محل الحماية التي يطلبها المـدعى ٠

والعنصر الثالث : سبب الدعوى ، أو السبب المحرك للحماية ٠

---

(٥) متفق عليه من حديث ابن عباس ، رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران (صحيح البخاري : ٣/٧٣) ، ومسلم في الاقضية (صحيح مسلم ٣/١٣٣٦ رقم ١٧١١) ورواه غيرهما انظـر جامع الاصول ١٠/٥٥٤ رقم ٧٦٥٨ ، وفي رواية : « واليمين على من انكر » انظر السنن الكبرى ١٠/٢٥٢ ، ونصب الراية ٤/٩٥ ٠

(٦) د٠ عبدالعزيز خليل بديوي : القضاء في الاسلام وحماية الحقوق ٣٦ ٠

ويفهم من كلام القاضي شهاب‌الدين ابي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ان الدعوى لا تتم الا بستة أمور :[7]

مدع ، ومدعى عليه ، ومدعى به ، وسبب ، ومدعى عنده ، وطلب المدعى مطالبة المدعى عليه به ٠

فاما المدعي والمدعى عليه ، فهما طرفا الدعوى وقد نقل ابن أبي الدم عبارات الائمة في حدهما[8] وناقشها كقولهم :

المدعى من يثبت شيئا والمدعى عليه من ينفيه ٠

وقولهم : المدعى من يقول بالاختيار والمدعى‌عليه من يجيب‌بالاضطرار ٠

وقولهم : المدعى من اذا سكت ترك وسكوته ، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته ٠

كما ناقش تعريفات أخرى :

أما المدعى به ، فهو الحق القائم عليه النزاع[9] ، وقد يكون عينا في اليد أو مالا في الذمة ، أو حقا شرعيا كنكاح أو قصاص أو حد قذف أو ردا بعيب أو حقا بشفعة أو غير ذلك فتنقسم الدعوى بموجب ذلك الى أقسام متعددة ٠

اما سبب الدعوى فهـو توفر الاعتداء على الحق الثابت شرعا[10] بالغصب أو الاتلاف أو السرقة أو المنع أو غير ذلك ٠

---

(٧) أدب القضاء الفقرة ٢١٣ وما بعدها ٠
(٨) أدب القضاء : الفقرة ٢١٣ ٠
(٩) أدب القضاء : الفقرة ٢٢١ ٠
(١٠) أدب القضاء : الفقرة ٢٢٢ ٠

وقد ذكر ابن ابي الدم ذلك ضمن ذكره الصيغة المتفق عليها في لفظ الدعوى .

وكل ذلك لابد أن يجرى أمام قاض أو آمر يسأله المدعى مطالبته المدعى عليه .

ونقل عن الهروي ان اقتراح المدعى على القاضي سؤال المدعى عليه ركن في صحة الدعوى على أصح الوجهين[11] ، وهو مذهب ابى حنيفة[12] .

وقد نص الماوردي[13] على أن الدعوى تشتمل على أربعة أشياء : فقال : « والدعوى تشتمل على اربعة أشياء : مدع ومدعى عليه ومدعى به ومدعى عنده ، فاما المدعى فهو الطالب من غيره شيئا في يده او في ذمته واما المدعى عليه فهو المطلوب منه شيء في يده أو في ذمته ، وفرق ما بين الطالب والمطلوب أن الطالب اذا تارك تورك ، والمطلوب اذا تارك لم يترك . واما المدعى به فهو ما تنازع فيه الطالب والمطلوب ، واما المدعى عنده فهو من نفذ حكمه من قاض أو أمير »[14] .

اقامة الدعوى :

تبدأ الدعوى عند القاضي شهابالدين ابى اسحاق بن ابى الدم[15]

---

(١١) أدب القضاء : الفقرة ٢٢٢ ، وانظر قول الهروي في الاشراف على غوامض الحكومات مخطوط الورقة ٥/أ .

(١٢) انظر رأي ابى حنيفة ورأي أصحابه في رد المحتار : ٥/٢٤٧ ، تكملة فتح القدير : ٦/١٤٤ ، الفتاوى الهندية : ٤/٣ .

(١٣) أدب القاضي للماوردي : ج ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٤٩٩٦ - ٥٠٠١ .

(١٤) أدب القاضي للماوردي ج ٤ الفقرة ٤٩٩٦ - ٥٠٠١ .

(١٥) أدب القضاء - الفقرة : ٢٢١ وما بعدها .

كما هو شأن الدعاوى الحديثة ـ بطلب من المدعى ، يوجه دعواه ، ويحررها ؛ بنفي الجهالة عنها ، وذكر القاضي ابن أبي الدم صيغا لها ، فيما لو كانت الدعوى عينا حاضرة منقولة ، أو غائبة ، أو مالا في الذمة ، حالا كله ، أو بعضه ، أو كان مثليا أو غير مثلى ، أو عقارا بذكره حدوده ووصفه ، أو حقا شرعيا من قصاص أو حد قذف ، فيزيل الجهالة عنها وعن المدعى عليه •

ونقل ابن أبي الدم[16] عن الأصحاب أنهم أجمعوا على أن الدعوى بالمجهول لا تصح ولا تسمع ، واستثنى بعضهم الدعوى بالوصية بالمجهول فقط وبعضهم استثنى الوصية بالمجهول والاقرار بالمجهول •

واختار ابن ابي الدم صحة الدعوى بالوصية بالمجهول[17] • اما الدعوى بالاقرار بالمجهول ، فاختار وجهين مبنيين على جواز حبس المقر اذا امتنع عن التفسير ، فان جوزنا حبسه صحت الدعوى والا فلا •

وفرق بين الاقرار والوصية[18] ، ان الوصية انشاء والاقرار اخبار عن حق سبق وجوبه ، فللمقر له طريق الى تعيينه ، فيبينه ويدعيه مبينا بخلاف الانشاء •

الخصم حالة الدعوى :

لا يخلو الخصم حالة الدعوى من أن يكون حاضرا ، أو غائبا •

الخصم الحاضر :

فاذا كان الخصم حاضرا سمعت الدعوى عليه ، وقضى عليه بموجبها

---

(١٦) المرجع نفسه ـ الفقرة : ٢٤٢ •
(١٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥٨ ، وانظر المغنى ٤٤٨/١١ ، والشرح الكبير في هامشه : ٤٣٥/٤ •
(١٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥٩ •

ويرى القاضي شهاب‌الدين بن أبي الدم أن الحاضر الممتنع تسمع الدعوى عليه ، ويقضى بها عليه ، وكذلك المتغيب في البلد[١٩] ٠

وذكر ان هناك خلافا في سماع الدعوى وعدم سماعها على من هو في حدّ مسافة العدوى فما دونها[٢٠] ، وحدد مسافة العدوى (في موضع آخر) بأن يخرج الانسان من بلده الى مقصده ثم لا يمكنه أن يعود اليه في يومه على السير الوسط بسير الرواحل المعتادة[٢١] ٠

اما الحاضر الذي ليس بممتنع عن الحضور ولا متغيب فهل تسمع الدعوى عليه ؟

ذكـر القاضي ابن أبي الدم ان في ذلك خـلافا ، وصحح انهـا لا تسمع[٢٢] حتى يحضر مجلس الحكم ، أو يوكل ، أو يمتنع ٠
وهكذا سماع البينة عليه والحكم بها عليه ٠

القضاء على الغائب :

أما اذا كان الخصم غائبا ، فقد ذهب القاضي شهاب‌الدين ابو اسحاق ابن أبي الدم الى جواز سماع الدعوى على الغائب والحكم بها عليه[٢٣] ، وحدد الغيبة بمن كان على مسافة القصر فما فوقها ٠

ومسألة القضاء على الغائب فوق مسافة القصر قد اختلف فيها فقهاء المذاهب على فريقين عموما ، وان كان هناك عند كل فريق تفصيل فيها :

---

(١٩) المرجع نفسه ، الفقرة : ٤٢٦ ٠
(٢٠) المرجع نفسه ، الفقرة : ٤٢٦ ، ٤٤٤ ٠
(٢١) المرجع نفسه ، الفقرة : ٦٥٨ ٠
(٢٢) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٢٧ ٠
(٢٣) المرجع نفسه ، الفقرة ٤٢٥ ، والفقرة : ٤٣٢ ٠

فقد ذهب الحنفية[٢٤] الى عدم الجواز ، وبهذا قال شريح ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، ورواية عن أحمد[٢٥] .

وذهب الشـافعية[٢٦] ، والمالكيـة[٢٧] ، والحنـابلة[٢٨] ، والظاهرية[٢٩] الى جـواز سـماع الدعوى والحكم عليـه اذا كملت الشروط .

استدل المانعون من القضاء على الغائب بقوله تعالى : « واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون »[٣٠] .

فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور ، ولم يستحق الذم ، فدل على عدم جواز القضاء على الغائب .

---

(٢٤) انظر رأي الحنفية في مسألة القضاء على الغائب في مختصر الطحاوي ٢٣٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٤٦٥ ، جامع الفصولين : ٣٩ ، معين الحكام : ٥٣ ، ٦٠ ، المبسـوط : ١٦/٩٥ ، الفتـاوى الهنـدية ٣/٤٣٢ ، بدائع الصنائع : ٨/٣٩١٨ ، درر الحكام شرح مجلـة الاحكام : ٤/١٥٨ المادة ١٦١٨ .

(٢٥) المغنى : ١١/٤٨٥ ، الشرح الكبير : ١١/٤٥٥ .

(٢٦) انظر الام : ٦/٢٢٢ ، المختصر : ٥/٢٤٥ ، المهذب : ٢/٣٠٤ ، أدب القاضي للماوردي ٢/٣٠٤ ، الفقـرة ٣٢٠٠ ، جواهر العقـود : ٢/٣٦٠ ، الفتاوى الكبرى للهيتمي : ٤/٣٢٢ ، الوجيز للغزالي : ٢/٢٤٣ .

(٢٧) انظر تبصرة الحكام : ١/٨٦ ، بداية المجتهد : ٢/٤٦٠ ، مختصر خليـل : ٢١٠ ، التاج والاكليـل : ٦/١٤٣ ، مواهب الجليـل : ٦/١٤٣ .

(٢٨) المغنى : ١١/٤٨٥ ، الشرح الكبير : ١١/٤٥٥ .

(٢٩) المحلى : ٩/٣٦٦ .

(٣٠) النور : ٤٨ .

وبما روى عن علي رضى الله عنه أنه قال : ولاني رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمن ، وقال لي : « يا علي ، ان الناس سيتقاضون اليك فاذا أتاك الخصمان ، فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فانه أحرى أن يتبين لك القضاء ، وتعلم لمن الحق ، قال علي : فما شككت في قضاء بعد[٣١] .

وأما المجيزون له فقد استدلوا بقوله تعالى

« يا داود انا جعلناك خليفة في الارض ، فاحكم بين الناس بالحق »[٣٢] .

وبحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت من ماله سرا ، فهل علي في ذلك من حرج ؟ فقال لها : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[٣٣] وهذا قضاء منه على غائب ، لأن أبا سفيان لم يحضر .

وأدلة المجيزين أقوى يؤيدها نصوص كثيرة ، ولأن الحنفية القائلين بمنعه قد أجازوا القضاء عليه في صور منها اتصاله بحق حاضر .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

---

(٣١) حديث على : « ان الناس سيتقاضون اليك .. » رواه أبو داود في الاقضية (سنن ٣/٣٠١ رقم ٣٥٨٢) والحاكم (المستدرك : ٤/٩٣) والامام أحمد (المسند : ١/٩٠ ، ٩٦ ، ١١١ ، ١٤٩) ، وابن حبان (موارد الظمآن : ٣٧٠ رقم ١٥٣٩) وغيرهم .

(٣٢) سورة ص ، آية : ٢٦ .

(٣٣) حديث هند متفق عليه ، رواه البخاري في البيوع ، (صحيح البخاري : ٢/١٧) والنفقات (صحيح البخاري : ٣/١٩٠) ومسلم في الاقضية (صحيح مسلم : ٣/١٣٣٨ رقم ١٧١٤) .

احضار الخصم الى مجلس القضاء :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه اذا استعدى الحاكم رجل على رجل ، وطلب منه احضاره الى مجلس الحكم لمخاصمته ، بعث الحاكم اليه رجلا من أعوانه ، أو خاتمه ، أو طينا مختوما بخاتمه الى المطلوب لاحضاره(٣٤) .

ويجب على المدعو الاجابة لقوله تعالى :

« انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا »(٣٥) .

الا أن يوكل ، أو يقضى الحق الى الطالب(٣٦) .

فان امتنع من ذلك كله بعث الحاكم الى صاحب الشرطة وعرفه ذلك ليحضره اليه .

فاذا حضر عزره على امتناعه بما يليق به ان لم يبد عذرا .

وقد ذهب الماوردي(٣٧) الى أن القاضي بالخيار بين أن ينفذ معه عونا من أعوانه يحضره اليه ، وبين أن يختم له في طين بخاتمه المعروف يكون علامة استدعائه ، وبين أن يجمع له بين العون والختم ، بحسب ما يؤديه الاجتهاد اليه من قوة الخصم وضعفه .

---

(٣٤) أدب القضاء : الفقرة : ٩٦ ، والفقرة : ١٠١ .
(٣٥) النور : ٥١ ، وانظر أدب القضاء : الفقرة : ٩٧ .
(٣٦) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٦ .
(٣٧) أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٢٢ ـ ٣٢٣ ، الفقرة : ٣٢٦٦ ، وما بعدها .

فان اخبر القاضي بامتناع الخصم من الحضور بعد استدعائه فان أخبره العون الذي قد ائتمنه قبل قوله من غير بينة • وان أخبره به المستعدي لم يقبل الا بشاهدي عدل •

فاذا ثبت عند القاضي امتناعه من الحضور ، كان مخيرا فيه بحسب اجتهاده بين ثلاثة أمور : اما أن يحضره جبرا بأهل القوة من أعوانه •

واما أن ينهى أمره الى ذي سلطان يحضره جبرا ، بعد أن لا يهتك عليه ولا على حرمه سترا •

واما بما اختاره أبو يوسف(٣٨) (من الحنفية) أن ينادى على بابه بما يتوجه عليه في الامتناع ، وبما يمضيه عليه من الحكم(٣٩) •

هذا كله اذا كان الخصم رجلا •

اما اذا كان الخصم امرأة ، فان كانت برزة(٤٠) ، فهي كالرجل في احضارها مجلس الحكم(٤١) •

وان كانت مخدرة(٤٢) ، فالأصح عند القاضي ابن أبي الدم أنها لا تكلف الحضور الى مجلس الحكم لمحاكمة ، ولا الى موضع شريف

---

(٣٨) انظر ذلك في حاشية ابن عابدين : ٤٧١/٤ ، جامع الفصولين : ٤٧/١ •

(٣٩) أدب القاضي للماوردي : ٣٢٢/٢ ـ ٣٢٣ الفقرة ٣٢٦٦ وما بعدها •

(٤٠) البرزة : هي المرأة البارزة المحاسن المتجاهرة ، تبرز للقوم يجلسون اليها ويتحدثون وهي عفيفة (قاموس ـ مادة برز ـ ١٧١/٢) •

(٤١) أدب القضاء ، الفقرة ٣٧٥ •

(٤٢) المخدرة هي المرأة التي يغلبها الخفر وشدة الحياء ، ولا تخرج الى حوائجها ولا الى المواسم والاعراس والتعازي انظر أدب القضاء الفقرة ٣٨١ •

ليمين وانما يبعث القاضي اليها نائبا عنه ليحكم بينه وبين خصمها ، ولا تخرج من بيتها(٤٣) .

وكل هذا اذا كان الخصم (رجلا كان أو امرأة) ضمن بلد القاضي وعمله واختصاصه . فان كان خارجا عن ذلك البلد فلا يجوز للقاضي احضاره ، لأنه لا ولاية عليه ، فيجوز له حينذاك أن يكتب كتابا الى القاضي الذي وجد الخصم في بلده على تفصيل في كتاب القاضي الى القاضي(٤٤) .

دائرة العدالة :

أو المبنى الذي تشغله مجالس القضاة :

في الوقت الحاضر كما يستقل القضاء في سلطاته واحكامه معنى وروحا عن التأثيرات الخارجية ، ينفرد بمبان خاصة ودوائر مستقلة ، لتوفير المجال الكافي للنظر بين الخصوم وعدم ايذائهم .

وهكذا نجد القاضي شهاب‌الدين أبا اسحاق ابراهيم بن أبي الدم يرسم صورة للقضاء مستقلة في السلطات والاحكام معنى وروحا عن التأثيرات الخارجية (وسيتضح ذلك مما سيأتي) كما يرسم له استقلاله بمبانيه ودوائره ، لتوفير الحرية الكافية لاتخاذ اجراءات التقاضي دون ارهاق الناس وايذائهم .

فهو ينص على أن يكون موضع القضاء في وسط البلد في بناء واسع للجلوس فيه للحكم بين الناس(٤٥) .

---

(٤٣) أدب القضاء : الفقرة : ٣٨٤ ، وقابل ذلك بما في الفقرة ٣٧٩ .
(٤٤) انظر أدب القضاء ، الفقرة ٧٦٠ وما بعدها .
(٤٥) أدب القضاء : الفقرة : ٤٧ .

وأن يكون في الصيف باردا هويا ، فسيحا ، وفي الشتاء كنا كنينا(٤٦) .

وان ينفرد عن المسجد(٤٧) ، لما أثر عن الشافعي رضى الله عنه في كراهته لذلك(٤٨) ، صونا للمساجد عن الغاشية والخصوم ، وعما يمنع خشوع المصلين ، وحفظا لها عما يدنسها .

ولأن في الخصوم الجنب والحائض والصبيان والمجانين ، الا اذا اتفق وجود القاضي فيه لغير فصل الحكومات ، فعرضت له قضية جاز له فصلها بغير كراهة(٤٩) .

وقد ذهب الى كراهة القضاء في المسجد الشافعية(٥٠) عموما والزيدية(٥١) .

---

(٤٦) أدب القضاء : الفقرة ٤٧ ، ومعنى (كنا كنينا) أي بيتا ساترا (قاموس ، كنن : ٤/٢٦٦) .

(٤٧) انظر أدب القضاء : الفقرة : ٥٢ .

(٤٨) انظر رأي الشافعي في ذلك في مختصر المزنى : ٥/٢٤١ ، الأم : ٦/٢٠١ ، وقد شرح قوله في ذلك الامام أبو الحسن الماوردي في كتابه أدب القاضي ١/٢٠٥ رقم ٢٦٤ .

(٤٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٢ .

(٥٠) انظر المهذب : ٢/٢٩٤ ، روضة الطالبين : ١١/١٣٨ ، الوجيز للغزالي : ٢٤٠ ، مغنى المحتاج : ٤ : ٣٩٠ ، نهاية المحتاج ٨/٢٤١ ، أدب القاضي للماوردي : ١/٢٠٥ رقم ٢٦٤ ، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب : ٤/٣٥٢ .

(٥١) البحر الزخار : ٥/١٢٥ _ ١٢٦ .

وقال الحنفية[٥٢] ، والحنابلة[٥٣] ، والمالكية[٥٤] ، لا يكره ٠

آداب المرافعة وعلنية الجلسات :

واضافة الى الشروط التي يجب توفرها في القاضي التي مرت ذكر ابن أبي الدم آدابا للقاضي في نفسه وفي جلسته وفي هيئته وتصرفه مع الخصوم هي على العموم لا تخرج عن المأثور عن الرسول صلى الله عليه وسلم وعن صحابته رضى الله عنهم ، ومنصوص الامام الشافعي رضى الله عنه منها :

١ ـ التهيؤ لمجلس الحكم :

فاذا أراد أن يخرج من بيته الى مجلس الحكم خرج بسكينة ووقار[٥٥] ودعا بما أثر عنه صلى الله عليه وسلم قائلا :

« اللهم اني اعوذ بك أن أزل أو أضل ، أو أظلم ، أو أظلم ، أو أجهل ، أو يجهل على »[٥٦] ثم يصلى ركعتين ويجلس مستقبل القبلة

---

(٥٢) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٢٩٥/١ ، رقم ١٦٣ ، المبسوط : ٨١/١٦ الفتاوى الهندية : ٣٣٠/٣ ، الهداية : ١٠٣/٣ ، فتح القدير : ٤٦٥/٥ ، بدائع الصنائع : ٤١٠٠/٩ ، روضة القضاة : ٩٨/١ رقم ٢٠٧ ٠

(٥٣) المغني : ٣٨٩/١١ ، الشرح الكبير : ٣٩٧/١١ ٠

(٥٤) تبصرة الحكام : ٣٤/١ ، حاشية الدسوقي : ١٣٧/٤ ٠

(٥٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٤ ٠

(٥٦) دعاؤه صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته اللهم اني اعوذ بك رواه أبو داود من طريق الشعبي عن أم سلمة في الأدب (سنن ٣٢٥/٤ رقم ٥٠٩٤) والترمذي في الدعوات (سنن ١٠٤/٥ رقم ٣٤٨٧) والنسائي في الاستعاذة (سنن : ٢٦٨/٨) وابن ماجه في الدعاء (سنن ١٢٧٨/٢) رقم ٣٨٨٤) ٠

في أصح الوجهين .

وعليه أن يتفقد أحوال نفسه من جوعه وعطشه وغضبه ، فانه يكره له أن يقضي وهو غضبان ، أو جائع جوعا يشوش عليه فكره ، أو عطشان أو حاقب ، أو مشغول الفكر ، بحزن مفرط أو ألم مؤلم(٥٧) .

٢ ـ ملبس القضاة وسمتهم وهيبتهم :

ويختار للقاضي لبس السواد ، وان يزيد في هيئة ملبسه بما يتميز به عن غيره ، بملبس لا يشاركه فيه غيره ، وسمت لا يشاركه فيه غيره ، واظهار الخشوع والتواضع(٥٨) ، كثير الصمت قليل الكلام والحركات والاشارات(٥٩) ، ويقف من اعوانه بين يديه من يستدعى الخصوم ويرتب مقاعد الناس في مجلسه(٦٠) .

٣ ـ التسوية بين الخصمين :

فاذا دخل الخصوم عليه سوى بينهما(٦١) في الاذن والدخول عليه معا ، ولا يفرد احدهما بـه ، كما يسوى بينهما في جلوسهما بين يديه واقباله عليهما واستماعه منهما .

والقاضي ابن أبي الدم يرى أن ذلك واجب عليه(٦٢) لا مستحب

---

(٥٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٥ .
(٥٨) المرجع نفسه ، الفقرة : ٤٦ .
(٥٩) أدب القاضي للماوردي : ٢/٢٤٤ رقم ٢٩٤٥ .
(٦٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٠ ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ٢/٢٤٤ رقم ٢٩٤٥ .
(٦١) أدب القضاء ، الفقرة ٨٨ ، ٨٩ .
(٦٢) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٠ .

كما يقول القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر(٦٣) .

وقد ذكر الفقهاء الشافعية(٦٤) أن القاضي لا يخص أحدا منهما بقيام فاما أن يقوم لهما جميعا ، أو لا يقوم .

وذهب القاضي ابن أبي الدم الى أنه يكره القيام لهما جميعا(٦٥) . وهي مسألة محفوظة عنه(٦٦) .

وقد علل ذلك بأنه قد يكون أحدهما شريفا والآخر وضيعا ، فاذا قام لهما علم الوضيع أن قيامه للشريف وكذلك يعلمه الشريف ، فيزداد الشريف تيها ، ويزداد الوضيع كسرا . وترك القيام لهما أقرب الى العدل وانفى للتهم(٦٧) .

ثم يجلسهما الحاكم ، أو الحاجب يأمرهما بالجلوس بين يديه ، ويقبل عليهما ويصغى اليهما على السواء(٦٨) .

٤ ـ علنية المحاكمات :

والأصل في المرافعات الحديثة أن تجرى جلسات المحاكمة بصورة

---

(٦٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٠ ، وانظر رأيهما في روضة الطالبين ١١/١٦١ .
(٦٤) انظر نهاية المحتاج : ٨/٢٤٨ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٠٠ ، حاشية البجيرمى على منهج الطلاب : ٤/٣٥٦ ، روضه الطالبين : ١١/١٦١ ، حاشية الجمل على شرح المنهج : ٥/٣٥٢ ، اعانة الطالبين : ٤/٢٢٦ ، الوجيز : ٢/٢٤٢ .
(٦٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٩١ .
(٦٦) انظر هذه المسألة منسوبة اليه في مغنى المحتاج : ٤/٤٠٠ ، حاشية الشهاب الرملي على حاشية أسنى المطالب : ٤/٣٠٩ .
(٦٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٩١ .
(٦٨) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٤ .

علنية ، الا اذا مست تلك المرافعات أمورا سرية تتصل بأمن الدولة ، أو بالصالح العام ، أو بالآداب العامة ، ويكون ذلك بقرار من المحكمة أو بطلب من أحد الخصوم .

ومسألة علنية المحاكمات من منصوصات الشافعي رضى الله عنه اذ قال :

« واحب ان يقضي في موضع بارز للناس »[٦٩] .

قال الماوردي في شرح ذلك :

« ومراده بهذا شيئان : أحدهما : أن لا يحوج مع البروز الى الاستئذان عليه ، والثاني أن يكون الموضع فسيحا ترتاح فيه النفوس ولا يسرع فيه الملل ، فقد قيل : خير المجالس ما سافر فيه البصر واتدع فيه الجسد وبحسب هذين الأمرين اختلفت الرواية في نقل المزني في (موضع بارز) فرواه بعضهم بالخفض ، وجعله صفة للموضع في الفساحة والسعة ، ومنهم من رواه بالنصب (بارزا للناس) وجعله صفة للقاضي في ظهوره من غير اذن ... »[٧٠] .

وقد نص القاضي ابن أبي الدم على ان ينزل القاضي وسط البلد ويتخذ مكانا واسعا للجلوس فيه للحكم بين الناس[٧١] ، وأضاف الى ذلك قائلا « وأن يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه »[٧٢] فلا يخلو مجلس حكمه من الفقهاء لمشاورتهم في المشكلات ومناظرتهم في

---

(٦٩) انظر قول الشافعي في المختصر : ٢٤١/٥ ، الأم : ٢٠١/٦ .
(٧٠) أدب القاضي للماوردي : ١٩٦/١ ــ ١٩٧ ، الفقرة ٢٤٩ وما بعدها .
(٧١) أدب القضاء : الفقرة : ٤٧ .
(٧٢) المرجع نفسه ، الفقرة : ٥٣ .

المجتهدات ، وأن لا يخلو مجلس حكمه من الحضور كالشهود وغيرهم ، ثم لا يخرج من منزله حتى يجتمعوا ، تحقيقا لمبدأ علنية المحاكمات من جهة ، ووصولا الى الحكم الصائب باستشارتهم ، لتحقيق العدالة •

ابتداء المرافعة :

فاذا جلسا بين يديه فان بدر واحد بالدعوى سمعها ، وقال للآخر ما تقول في دعواه ؟[٧٣]

ولم يوافق ابن أبي الدم على قول بعض الفقهاء ، أنه يسكت ولا يقول شيئا حتى يجيب الآخر ، فقال : ليس بشيء ، لانه لو ترك وجوابه لم يجب •

وان سكتا فلا بأس أن يقول الحاكم لهما : من المدعى منكما[٧٤] ؟

ونقل عن بعض الفقهاء ـ ولم يسمه ـ أنه يسكت ولا يقول شيئا ، فان ادعى واحد منهما ، والا أقيما من مكانهما[٧٥] •

وربما كان مراده بذلك الامام الشافعي فانه قد قال : « ولا بأس اذا جلسا أن يقول تكلما ، أو يسكت ، حتى يبتدىء أحدهما »[٧٦] •

لدد الخصوم :

وذكر القاضي ابن أبي الدم أنه اذا حصل من أحد الخصمين لدد فعليه أن يأخذ الأمر بالحكمة ، فلا ينتهرهما[٧٧] وقد نص الشافعي على

---

(٧٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٨ •
(٩٤) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٨ •
(٧٥) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٨ •
(٧٦) مختصر المزنى : ٢٤٥/٥ ، الأم : ٢٢١/٦ •
(٧٧) أدب القضاء : الفقرة : ٩٨ •

ذلك فقال : « ويكره للقاضي أن ينتهرهما »[٧٨] ولأنه اذا فعل ذلك بهما لحقهما حصر وخوف وانقطاع عن حجتهما .

فاذا عاد فالمنقول عن الشافعي انه يزبره ولا يحبسه ولا يضربه الا ان يكون في ذلك ما يستوجبه[٧٩] .

فان لم يكف عن ذلك ، قال الماوردي جاز أن يتجاوز زواجر الكلام الى الضرب والحبس تعزيرا وأدبا يجتهد رأيه فيه بحسب اللدد[٨٠] .

ولم يذكر ذلك ابن أبي الدم اكتفاء بما قاله آنفا في كراهة نهرهما .

تلقين الخصوم صحة الدعوى :

ولا يحق للقاضي أن يلقن أحد الخصمين حجة ، ولا شاهدا شهادة .

نص على ذلك الشافعي بقوله : « ولا ينبغي أن يلقن واحدا منهما حجة ولا شاهدا شهادة »[٨١] .

ولكن اذا اضطرب واحد منهما في دعواه ، فهل يحق للقاضي أن يلقنه تحقيق الدعوى ؟

ذهب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الى أنه لا يحق له أن يلقنه صحة دعواه[٨٢] .

---

(٧٨) الام : ٢٢١/٦ ، مختصر المزنى : ٢٤٥/٥ .
(٧٩) الام : ٢٠١/٦ ، المختصر : ٢٤١/٥ .
(٨٠) أدب القاضي للماوردي : ٢٥٢/١ ، الفقرة : ٤٠٣ .
(٨١) الأم : ٢٢١/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٥/٥ .
(٨٢) أدب القضاء : الفقرة : ٩٩ .

ورد على الذين جوزوه ، ومنهم أبو سعيد الاصطخري الذي قال : لا بأس بالتلقين ، لأنه لا ضرر على خصمه في ذلك[٨٣] .

تقديم الخصوم بحسب السابقة :

ويرى القاضي ابن أبي الدم انه يجب تقديم الخصوم بحسب السابقة[٨٤] وهو منصوص الشافعي[٨٥] .

فاذا حضر اثنان متسابقان ، فالدعوى للسابق منهما .

ولو تساويا وتشاحا في التقديم اقرع بينهما ، الا ان يكون أحدهما مسافرا فيقدم المسافر على الأصح .

وذكر ابن أبي الدم أن فيه وجها انه لا يقدم بالسفر أصلا[٨٦] . وهو يرى أن المسافرين اذا كانوا قلة جاز تقديمهم وهو ما نص عليه الشافعي[٨٧] والأصحاب .

اما ان كثروا كالحجيج في مكة والمدينة ، فعليه أن يسوى بينهم[٨٨] .

---

(٨٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٩ ، وانظر رأي أبى سعيد الاصطخري في أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٣٦ ، الفقرة ٣٣٤٩ ، وقابل ذلك بما فيه في ٢/٢٥٦ رقم الفقرة ٣٠٠٥ .
(٨٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٣ .
(٨٥) الأم : ٦/٢٢١ ، المختصر : ٥/٢٤٥ .
(٨٦) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٣ .
(٨٧) الأم : ٦/٢٢١ ، المختصر : ٥/٢٤٥ .
(٨٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٣ .

سماع الدعوى على كل شخص مكلف :

وذكر القاضي ابن ابي الدم انه تسمع دعوى كل مدع على كل انسان مكلف بحق صحيح[٨٩] سواء كان المدعى عليه جليلا أو حقيرا كالسوقي العامي اذا ادعى على السلطان القاهر شيئا تسمع دعواه •

ورد على القاضي ابى سعيد الاصطخري رأيه في عدم سماع ذلك لأن العرف يكذبه ، وجعل ابن ابي الدم ذلك شيئا من الوساوس لا ينبغي في الدين تشويش القواعد بمثلها على حد قول امام الحرمين[٩٠] •

اعداء المدعى دون اشتراط الخلطة :

ويرى القاضي ابن أبي الدم أنه اذا استعدى الحاكم رجل على رجل أعداه عليه ، سواء عرف بينهما معاملة أو لم يعرف[٩١] •

بينما ذهب بعض الحنفية[٩٢] وهو رواية عن الامام علي[٩٣] وعن مالك[٩٤] الى أنه لا يعديه الا اذا عرف القاضي أن بينهما معاملة ، أو خلطة •

واستحسن ابن أبي الدم قول من قال ان على القاضي أن يسأل

(٨٩) المرجع نفسه ، الفقرة : ١٠٤ •
(٩٠) أدب القضاء ، الفقرة ١٠٤ •
(٩١) المرجع نفسه ، الفقرة : ١٠٠ •
(٩٢) انظر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٢/٣٠٧ ، الفقرة ٤٦٦ •
(٩٣) انظر المغنى : ١١/٤١٠ ، والشرح الكبير : ١١/٤١٦ •
(٩٤) انظر شرح الزرقاني على موطأ مالك : ٤/٣٨٥ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٤٥ ، تبصرة الحكام : ١/١٣٠ ، قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى : ٣٢٨ ، بداية المجتهد : ٢/٤٣٢ •

المدعى : ما الذي تدعى عليه به ، فان ذكر أنه يطلب منه أمرا يجوز طلبه شرعا عند هذا الحاكم اعداه ، وان ذكر ما لا يجوز طلبه كثمن كلب أو قيمة خمر لذمى لم يعده[٩٥] .

اكرام الشهود :

وقد استحب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم للقاضي اكرام الشهود ، وكره له أن يتعنتهم أو ينتهرهم[٩٦] .

وهو في ذلك جار على ما نص عليه الشافعي[٩٧] وأصحابه[٩٨] مستدلين على ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيى بهم الحقوق »[٩٩] .

توجه الخصومة نحو المدعى عليه :

فاذا صحت الدعوى وسمعت ، توجهت الخصومة الى المدعى عليه .

وحينذاك يطلب القاضي منه الجواب على ذلك ولا يخلو اما أن يقر أو ينكر ، أو يسكت[١٠٠] وسيرد ذلك في طرق الاثبات .

---

(٩٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٢ .

(٩٦) المرجع نفسه : الفقرة : ١٠٦ .

(٩٧) الأم : ٦/٢٢١ ، مختصر المزنى : ٥/٢٤٥ .

(٩٨) انظر المهذب : ٢/٣٠٠ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/٢٤٠ ، رقم الفقرة ٢٩٣٤ .

(٩٩) حديث « اكرموا الشهود .. » أخرجه العقيلي في الضعفاء ، والنقاش في القضاة والشهود ، والديلمي في مسنده عن ابن عباس (المقاصد الحسنة : ٧٨ – ٧٩ رقم ١٥٤) وقد رواه كثيرون ، ولكنهم ذكروا أنه حديث ضعيف (انظر تخريجه في تعليقات الفقرة ١٣) .

(١٠٠)أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٩ .

الفصل الثالث

طرق الاثبات عند ابن أبي الدم

وطرق الاثبات عند القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، على أنواع مختلفة فيما بينها من حيث قوتها وحجيتها .

وأهم طرق الاثبات :

١ ـ الاقرار

٢ ـ البينة (أو الشهادة)

٣ ـ اليمين

٤ ـ علم القضي

٥ ـ القرائن

وفي ما يأتي نبذة مختصرة لكل طريقة من هذه الطرق من وجهة نظر القاضي ابن أبي الدم .

١ ـ الاقـرار :

الاقرار لغة : الاثبات ، من قر الشيء ، يقر قرارا ثبت وسكن ، كاستقر[(١)] .

وشرعا : عبـارة عن أخبـار الانسان عن ثبـوت حق لغيره على نفسه[(٢)] .

حجية الاقرار :

والاقرار حجة في القضاء ، ودليل حجيته قوله تعالى :

---

(١) القاموس المحيط (قر) : ٢/١١٩ .

(٢) انظر في تعريفه : جامع العلوم واصطلاحات الفنون المسمى بدستور العلماء : ١/١٤٦ ، مغنى المحتاج : ٢/٢٣٨ ، نهـاية المحتـاج : ٥/٦٤ ـ ٦٥ .

« وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ وَلا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا »[٣] .

والاملاء ممن عليه الحق لا يتحقق الا بالاقرار .

وقوله تعالى :

« يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ »[٤] .

والشهادة على النفس اقرار .

ودليله من السنة نصوص كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم في قصة العسيف (الأجير) : « اغْدُ يا أُنَيْسُ الى امرأةِ هذا فانِ اعترفتْ فَارْجُمْها »[٥] .

وقد أجمع المسلمون على حجيته .

والاقرار حجة ملزمة بنفسه ، دون حاجة الى قضاء القاضي[٦] .

وله شروط يجب أن تتوفر فيه ، تتلخص في كون المقر أهلا للتكليف ، وأن يكون المقر له أهلا للاستحقاق ، وأن يحصل بالألفاظ التي تفيده .

---

(٣) البقرة : ٢٨٢ .

(٤) النساء : ١٣٥ .

(٥) حديث قصة العسيف متفق عليه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ، فقد رواه البخاري في الوكالة وغيرها (صحيح البخاري : ٢/٣٠) ورواه مسلم في الحدود (صحيح مسلم : ٣/١٣٢٤ ـ ١٣٢٥ رقم ١٦٩٧ ـ ١٦٩٨) .

(٦) مجيد حميد السماكية : حجية الاقرار في الأحكام القضائية (رسالة ماجستير) (مطبعة الديوانية في العراق ١٩٧٦) ، ص ٤٤٣ .

فاذا توفرت الشروط الشرعية كان من أقوى الأدلة عند أهل الفقه والقانون .

فاذا أقر المدعى عليه كما يقول القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، حكم عليه القاضي بموجب اقراره ، ولا تسمع بينة بعد اقراره[٧] .

ثم ذكر العبارات التي تفيد الاقرار الصريح والتي تفيد الاقرار الضمني ، وما لا يكون منها اقرارا[٨] .

٢ ـ البينة (أو الشهادة) :

البينة في اللغة : فيعلة من بان اذا ظهر[٩] ، وانما سميت بينة لأنها يتبين بها الحق[١٠] ، والشهادة في اللغة مصدر شهد بمعنى حضر من المشاهدة ، وشهود الشيء ، معاينته[١١] .

وفي الاصطلاح : اخبار صادق بلفظ الشهادة لاثبات حق لغيره على غيره ، في مجلس القضاء ، ولو بلا دعوى لتدخل شهادة الحسبة[١٢] . وقد تطلق البينات على الشهود .

وهي احدى الحجج التي تثبت بها الدعوى .

وركنها :

هو اللفظ الخاص الذي تقوم به ، وهو لفظ (أشهد) لا غيره كما

---

(٧) أدب القضاء ، الفقرة : ١١٥ .
(٨) المرجع نفسه : ٢٦١ .
(٩) القاموس المحيط مادة : بان والمصباح المنير .
(١٠) المغرب في ترتيب المعرب : ٢٥٩ ، مغنى المحتاج : ٤٦١/٤ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٢٢٣/١ .
(١١) القاموس المحيط مادة شهد ٣١٦/١ .
(١٢) انظر في تعريفها : مغنى المحتاج : ٤٢٦/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٧٧/٨ ، الفتاوى الهندية : ٤٥٠/٣ .

يفهم من عبارة القاضي الفقيه شهاب الدين أبى اسحاق ابراهيم بن أبي الدم[١٣] . وغيره من الفقهاء .

دليل مشروعيتها :

والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى :

« وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ »[١٤] .

وقوله : « وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ »[١٥] .

وقوله : « وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ »[١٦] .

وأما السنة : فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « البيِّنَةُ عَلَى المدَّعي »[١٧] .

وقوله : « شاهداكَ أو يمينُه »[١٨] .

---

(١٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٩١ .

(١٤) البقرة : ٢٨٢ .

(١٥) البقرة : ٢٨٢ .

(١٦) الطلاق : ٢ .

(١٧) حديث « البينة على المدعى » متفق عليه من حديث ابن عباس وقد مر تخريجه .

(١٨) حديث « شاهداك أو يمينه » رواه البخاري ومسلم في القضاء عن وائل بن حجر (نصب الراية : ٤/٩٤) وانظر تلخيص الحبير ٤/٢٠٨ رقم ٢١٣٧ ، قلت ورواه الترمذي (السنن ٢/٣٩٨ رقم ١٣٥٥) .

وقد أجمعت الأمة على مشروعيتها .

ولأن فيها احياء حقوق الناس وصون العقود عن التجاحد وحفظ الأموال على أصحابها .

وحكم الشهادة :

وجوب القضاء بها اذا استوفت شرائطها .

أما حكم تحملها وأدائها :

فانها فرض على وجه الكفاية ، واذا دعي اليها وليس هناك من يقوم بها غيره فهي فرض عين .

« ولا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا »(١٩) .

وقال : « ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ومَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ »(٢٠) .

وقال : « وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ »(٢١) .

شروط الشاهد ومراتب الشهادات ، والشهادة على الشهادة ، والتعارض :

وللشاهد شروط ذكرها ابن أبي الدم بايجاز غير مطيل فيها(٢٢) ،

---

(١٩) الطلاق : ٢ .
(٢٠) البقرة : ٢٨٣ .
(٢١) الطلاق : ٢ .
(٢٢) أدب القضاء الفقرة : ٥٥٠ ، وانظر مختصر المزني : ٥/٢٤٩ ، الأم : ٧/٨٠ ، أدب القاضي للماوردي جـ ٣ الفقرة : ٤٠٣٢ ، نهاية المحتاج : ٨/٢٧٧ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٢٧ ، حاشية الجمل على شرح المنهج : ٥/٣٧٧ ، روضة الطالبين : ١١/٢٢٢ .

كما ذكر نصابها ومراتبها[٢٣] ، والشهادة على الشهادة[٢٤] وغير ذلك ، وتعارض البينات والترجيح بينها[٢٥] .

٣ ـ اليمين :

اليمين في اللغة : تطلق على اليد اليمين ، وعلى القوة وعلى البركة[٢٦] .

وفي الاصطلاح[٢٧] : تطلق ويراد بها تقوية ما عزم عليه من تحصيل فعل أو امتناعه عنه بذكر اسم الله تعالى سواء كان ماضيا أو مستقبلا صادقا كان أو كاذبا .

ثم اليمين بالله على ثلاثة أقسام :

١ ـ منعقدة ، وهي عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل والترك ، وليست مقصودة هنا .

ويمين على الماضي والحاضر ، وهي التي يتقوى بها جانب الصدق فيما يزعمه الحالف ، وهي مقصودة هنا .

---

(٢٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٦٨١ .
(٢٤) المرجع نفسه : ٦١٨ .
(٢٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٥٣ وما بعدها .
(٢٦) القاموس المحيط (يمن) ٤/٢٨٠ ـ ٢٨١ .
(٢٧) انظر في تعريفها اصطلاحا : جامع العلوم في اصطلاحات الفنون الملقب بدستور العلماء : ٣/٤٨٥ ، كتاب اليمين والآثار المترتبة عليه للدكتور أبي اليقظان عطية الجبوري ص ٥ ، مغني المحتاج : ٤/٣٢٠ ، نهاية المحتاج : ٨/١٦٤ ، فتح الباري : ١١/٥١٦ .

٢ ـ ويمين غموس ، وهي التي تغمس صاحبهـا في النار ، وهي الحلف كذبا ٠

٣ ـ واليمين اللغو ، وهذه لا مؤاخذة فيها ٠

ودليل مشروعيتها :

ورود آيات في الكتاب تفيد جوازها ٠

منها قوله تعالى : « لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ باللَّغْوِ في أَيْمانِكُمْ ولكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بما عقّدتُمُ الأَيمانَ »(٢٨) ٠

وقوله : « ولا تَنْقُضُوا الأَيمانَ بعدَ تَوْكيدِها »(٢٩) ٠

وقوله : « ولا تَجْعَلُوا اللهَ عُرْضَةً لأَيمانِكم أَنْ تَبَرّوا وتَتَّقُوا »(٣٠) ٠

وقوله : « إنّ الذينَ يَشْتَرُونَ بعهدِ اللهِ وأَيمانِهم ثَمَناً قليلاً أولئكَ لاخَلاقَ لَهُمْ »(٣١) ٠

ومن السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : « اليمينُ على المدَّعى عليهِ »(٣٢) ٠

وقوله في قصة الحضرمي والكندي : « أَلَكَ بيّنةٌ ؟ » ٠

---

(٢٨) المائدة : ٨٩ ٠
(٢٩) النحل : ٩١ ٠
(٣٠) البقرة : ٢٢٤ ٠
(٣١) آل عمران : ٧٧ ٠
(٣٢) متفق عليه وقد مر تخريجه ٠

قال : لا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « فَلَكَ يَمِينُهُ »[٣٣] .

بم تكون اليمين :

واليمين بالله تعالى ، أو باسم من أسمائه ، أو صفة من صفاته لا غير ، لقوله صلى الله عليه وسلم :

« من كان حالفاً فَلْيَحْلِفْ بالله أَوْ لِيَصْمُتْ »[٣٤] .

اليمين احدى طرق الاثبات عند ابن أبي الدم :

وقد ذكر القاضي شهاب الدين بن أبي الدم اليمين في عداد طرق القضاء[٣٥] .

وذكر كيفيتها[٣٦] وألفاظها[٣٧] وموضعها ، وصور التغليظ فيها[٣٨] ، وحكم وقوعها قبل احلاف الحاكم[٣٩] ، وهل تكون يمين الرد

---

(٣٣) قصة الحضرمي والكندي رواها البخاري ومسلم في القضاء عن وائل ابن حجر (نصب الراية : ٩٤/٤) وانظر تلخيص الحبير : ٢٠٨/٤ رقم ٢١٣٧ .

(٣٤) حديث من كان حالفا .. متفق عليه من حديث ابن عمر ، فقد رواه البخاري في مناقب الانصار من الصحيح (صحيح البخاري ٢٠٦/٢) والأدب منه (صحيح البخاري : ٤٧/٤) والايمان منه (صحيح البخاري : ١٠٢/٤ ـ ١٠٣) والتوحيد (صحيح البخاري ١٨٧/٤) ورواه مسلم في الايمان (صحيح مسلم : ١٢٦٧/٣ رقم ١٦٤٦) ، ورواه غيرهما .

(٣٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٩٧ ، ٣٠٠ وما بعدها .

(٣٦) أدب القضاء : الفقرة : ٣٤١ .

(٣٧) المرجع نفسه : ٣٤٨ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ .

(٣٨) المرجع نفسه : ٣٤٩ وما بعدها .

(٣٩) المرجع نفسه : ٢٨٢ .

بمنزلة الاقرار ، أو بمنزلة البينة[٤٠] ؟ وما ينبني على ذلك ، والمسائل التي يتعذر فيها رد اليمين[٤١] ، وانقسام اليمين الى يمين على البت ويمين على النفي[٤٢] ٠

ويتصل باليمين شيئان :

القسامة والنكول

أما القسامة : فهي اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدم الذين يدعون على من وجد القتيل بينهم مجهولا قاتله ، أو على من بينه وبين القتيل لوث (أي عداوة ظاهرة) فيحلفون خمسين يمينا أنه قتله فيثبت حقهم قبله ، فان لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء[٤٣] ٠ وهي بهذا طريقة من طرق الاثبات ٠

ولم يذكرها ابن أبي الدم ، لأن كتابه وضع لغيرها ٠

وأما النكول : فلم يعتبره القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم ابن أبي الدم طريقا من طرق القضاء[٤٤] ، وان اعتبره بعضهم كذلك على معنى انه اذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل عنها قضى عليه بنكوله عندهم في حين أن المؤلف كشأن الشافعية عموما لا يقضون بمجرد النكول ، بل يردون اليمين على المدعى فان حلف قضى له بيمينه لا بنكول

---

(٤٠) المرجع نفسه : ٣٠٧ ٠
(٤١) المرجع نفسه : ٣١٧ ٠
(٤٢) المرجع نفسه : ٣٢٤ ٠
(٤٣) انظر بشأن تعريفها : طلبة الطلبة : ١٦٧ ، مغنى المحتاج : ٤/١٠٩ ، دستور العلماء : ٣/٦٨ ، التعريفات : ١٥٣ ٠
(٤٤) أدب القضاء ، الفقرة ٢٨٩ وما بعدها ٠

المدعى عليه وهي مسألة خلافية بين الفقهاء(٤٥) •

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع •

٤ ـ علم القاضي :

قال القاضي شهاب الدين بن أبي الدم(٤٦) :

لا خلاف أن القاضي يقضي بعلمه في الجرح ، فاذا عدل عنده شاهد علم القاضي فسقه عمل بعلمه ، ولا يقضي بشهادته قولا واحدا •

أما اذا علم عدالة الشاهد ، فهل له أن يقضي بشهادته من غير تزكية شاهدين ؟ فيه قولان أصحهما ههنا القضاء بالعدالة التي يعلمها •

وكذلك لا يقضي بخلاف علمه ، بلا خلاف ، كما لو شهد شاهدان أن زيدا قتل عمروا ، وقد علم أن خالدا هو القاتل له ، لا يقضي بشهادتهما على زيد بالقتل بالاجماع •

وهكذا لو شهدا على اقرار زيد بمال لعمرو ، وقد علم أن عمروا أبرأه ، أو استوفى هذا المال منه ، عمل بعلمه دون شهادتهما بلا خلاف •

أما القضاء بالعلم الذي انفرد به القاضي ، فهل له أن يقضي به ؟

نقل ابن أبي الدم عن البغوي أن فيه قولين أصحهما الجواز(٤٧) ،

---

(٤٥) انظر آراء الفقهاء في النكول في المغنى : ١٢/١٢٤ ، الشرح الكبير : ١٢/١٥٨ ، تبصرة الحكام : ١/٣٠١ ، البدائع : ٨/٣٩٣٥ ، معين الحكام : ٦٦ ، اليمين والآثار المترتبة عليه ١٧٠ •

(٤٦) أدب القضاء ، الفقرة : ١٤٩ وما بعدها •

(٤٧) المرجع نفسه : ١٥٢ •

وهو اختيار المزني(٤٨) ، وقد أثر عن الربيع(٤٩) أنه نقل عن الشافعي أنه كان يرى القضاء بالعلم لكنه لا يفتى به خوفا من قضاة السوء •

وقد فرق القاضي ابن أبي الدم بين العلم الحاصل له عن مشاهدة منه ، وبين أن يكون حاصلا بأخبار التواتر ، فأجاز القضاء بعلمه الحاصل بأخبار التواتر متابعا في ذلك امام الحرمين ، لأنه لا تهمة تلحقه هنا ، بخلاف علمه الحاصل بغيرها ، فانه متهم(٥٠) •

وقد ذكر في موضع آخر أن من أقر في مجلس الحكم قضى عليه ، وليس هذا قضاء بالعلم على الصحيح ، فانه أقوى الحجج وأعلاها(٥١) •

ثم قال : فلو أقر عنده سرا ، هل يكون كالحكم بالعلم ؟ فيه قولان(٥٢) •

وبناء على جواز القضاء بالعلم في هذه المسألة فلو شهد شاهد واحد بما يعلمه القاضي ، هل يغنى علمه عن شاهد آخر حتى يكون كشاهد آخر ويقضى ؟

ذكر ابن أبي الدم فيه وجهين ، أصحهما أنه لا يكفي •

وعلى كل حال فان مسألة القضاء بعلم القاضي من المسائل الخلافية

---

(٤٨) انظر مختصر المزني من كلام الشافعي : ٢٤٦/٥ ، مبدوءا بقوله قال المزني •
(٤٩) انظر قول الربيع في كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى (مع الأم) جـ ٧ ص ١٠٣ مبدوءا بقوله قال الربيع •
(٥٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٣ •
(٥١) أدب القضاء ، الفقرة : ١١٥ ، وقابل ذلك بما في الفقرة : ١٥٤ •
(٥٢) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٥ •

التي كثر فيها الكلام بين الفقهاء[٥٣] ، وتوسعت فيها التفصيلات :

فقد ذهب المالكية والحنابلة ، وهو أحد قولى الشافعي ، الى أنه لا يقضى الحاكم بعلم نفسه في حد ولا غيره ، سواء علم بذلك قبل الولاية أو بعدها الا ما يجرى أمامه في مجلس القضاء ، ودليلهم حديث « انما أنا بشر ... » وفيه يقول : « فاقضى له على نحو ما أسمع منه »[٥٤] اذ أنه يقضى بما يسمع لا بما يعلم .

وقوله صلى الله عليه وسلم في قصة الحضرمي والكندي : « شاهداك أو يمينه ، ليس لك منه الا ذاك »[٥٥] .

وذهب الصاحبان ، وهي رواية عن احمد والقول الثاني للشافعي ، وهو اختيار المزني من الشافعية الى جواز قضائه فيما سوى الحدود ، بدليل انه صلى الله عليه وسلم حكم لهند بالنفقة بلا بينة ولا اقرار ، لعلمه بصدقهـا .

وذهب أبو حنيفة الى أن ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه

---

(٥٣) أنظر المغنى : ١١/٤٠٠ ، الشرح الكبير : ١١/٤٢٤ ، تبصرة الحكام : ٢/٢٣ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٥٨ ، معين الحكام : ١١٩ ، الفتاوى الهندية : ٣/٣٣٨ ، شرح أدب القاضي للخصاف لابن مازة : ٣/٩٤ ، الفقرة : ٦٣٣ ، مختصر المزني : ٥/٢٤٦ ، الأم : ٦/٢٢٣ ، اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى (مع الآم) : ٧/١٠٣ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٧٠ رقم ٣٥٥٥ ، تاريخ قضاة الأندلس للنباهي : ١٩٠ ، جواهر العقود : ٢/٣٦٤ ، المدونة : ٥/١٤٨ ، بداية المجتهد : ٢/٤٥٨ ، أخبار القضاة : ٢/٣٥٩ .

(٥٤) رواه البخاري ومسلم ومالك والترمذي وأبو داود من حديث أم سلمة (انظر جامع الأصول ١٠/٥٥٣ رقم ٧٦٥٥) .

(٥٥) متفق عليه من حديث وائل بن حجر وقد مر تخريجه .

بعلمه ، لأن حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم بـه ، لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته •

وذهب الظاهرية الى أنه فرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود ، وسواء علم ذلك قبل ولايته ، أو بعد ولايته ، وأقوى ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ، ثم بالاقرار ، ثم بالبينة(٥٦) •

والظاهر رجحان المذهب القائل بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، لئلا يكون قاضيا وشاهدا في آن واحـد فيعرض موقفـه لتهمة المحاباة والممايلة •

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع •

٥ ــ القـرائن :

القرائن في اللغة : جمع قرينة ، والقرينة في اللغة تطلق على مؤنث القرين أي المشابه أو المصاحب ، وعلى النفس وعلى الزوجة وعلى غير ذلك ، وهي فعيلة بمعنى المفاعلة مأخوذة من المقارنة(٥٧) •

وفي الاصطلاح : امارات أو علامات تشير الى المطلوب(٥٨) •

---

(٥٦) المحلى : ٤٢٦/٩ الفقرة : ١٧٩٦ •

(٥٧) القاموس المحيط (قرن) : ٢٥٩/٤ ، والمعجم الوسيط : ٧٣١/٢ ، تاج العروس : ٣٠٥/٩ •

(٥٨) التعريفات : ١٥٢ ، جـامع العلوم في اصطلاحات الفنـون المسمى بدستور العلماء : ٦٤/٣ ، تبصرة الحكام : ٢٠٢/١ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام : ٤٣٠/٤ المادة ١٧٤٠ وما بعدها •

دليل مشروعية الأخذ بالقرائن :

والقرائن معتبرة في الشرع ودليلها من الكتاب قوله تعالى :

« إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ • وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ • فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ »(٥٩) •

ومن السنة ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير أن يقرر عم حيي بن أخطب بالعذاب على اخراج المال الذي غيبه وادعى نفاذه ، فقال له « العَهْدُ قريبٌ والمالُ أكْثَرُ من ذلك »(٦٠) قال ابن القيم : فهاتان قرينتان في غاية القوة كثرة المال وقصر المدة التي ينفق فيها(٦١) •

وقد سار عليها الصحابة : قال ابن القيم : « فقد حكم عمر بن الخطاب والصحابة معه رضى الله عنهم برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد ، وذهب اليه مالك وأحمد في أصح روايتيه اعتمادا على القرينة الظاهرة • وحكم عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة بوجوب الحد برائحة الخمر من في الرجل أو قيئه خمرا اعتماداً على القرينة الظاهرة •

ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع اذا وجد المال المسروق مع المتهم •

(٥٩) يوسف : ٢٦ ـ ٢٨ •
(٦٠) الطرق الحكمية : ص ٧ •
(٦١) المرجع نفسه : ص ٧ •

وهذه القرينة أقوى من البينة والاقرار ، فانهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب ووجود المال معه نص صريح لا تتطرق اليه شبهة ، وهل يشك أحد رأي قتيلا يتشحط في دمه وآخر قائم على رأسه بالسكين أنه قتله ، ولاسيما اذا عرف بعداوته له ... »[٦٢] .

هذا كلام ابن القيم ، وهو كلام مستقيم ، فالقرائن معتبرة عند الفقهاء يرجع اليها حين لا يتوفر الدليل .

اختلاف الفقهاء في تفصيل القرائن :

وموقف ابن أبي الدم من العمل بالقرائن :

لكن الفقهاء مختلفون في تفصيل القرائن ، وفي نوع الحق الذي يصح أن يعتمد فيه على القرينة[٦٣] .

وهناك قرائن اتفقوا على اعتبارها في القضاء كقضاء القاضي لولده أو والده أو على عدوه كل ذلك يكون دليلا على المايلة ، والتحيز اليهم ، أو عليهم ، فمنعوا منه ، وقد نص على ذلك ابن أبي الدم تبعا لهم[٦٤] .

وقد أخذ ابن أبي الدم بالقرائن ورتب عليها أحكاما :

منها : انه اذا لمس في الشهود غفلة أو عدم تثبت فرقهم وسأل كل

---

(٦٢) الطرق الحكمية : ٦ ـ ٧ .
(٦٣) انظر طرق القضاء في الشريعة الاسلامية مجيد حميد سماكية ص ٢٦ ، مقارنة المذاهب لشلتوت والسايس : ١٣٧ ، طرق الاثبات في الشريعة والقانون للدكتور أحمد عبدالمنعم البهي : ٧١ وما بعدها ، نظرية الاثبات لأحمد فتحي بهنسي : ١٦٥ وما بعدها .
(٦٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٧ وما بعدها .

واحد منهم منفردا[٦٥] .

ومنها : أنه اذا لم يَسمْعَ الشفيع الى المشتري أو الى القاضي وقت بلوغه الخبر ، ولم يشهد أو يوكل في ذلك مع مقدرته ، فان ذلك يكون قرينة على عدم ارادته الشفعة[٦٦] .

ومنها تقديم بينة الداخل على بينة الخارج ، لأن اليد قرينة ترجح بينته[٦٧] .

وتقديم بينة النتاج على البينة المطلقة[٦٨] .

ومنها مسألة اختلاف الزوجين في متاع البيت[٦٩] .

وهي مسائل كثيرة مبثوثة في ثنايا الكتاب .

وتتصل بالقرائن القيافة والقرعة :

وربما سلكت القيافة والقرعة حين الاشتباه في عداد القرائن ، وان كانتا من النوع الثاني من القرائن أي القرائن التي تقبل المناقشة ، وقد أخذ ابن أبي الدم بهاتين القرينتين ، كتقديم دعوى أحد المتخاصمين على دعوى الآخر بالقرعة اذا تشاح الخصوم في التقديم[٧٠] ، وكترجيح احدى البينتين على الأخرى حين التعارض[٧١] وغير ذلك . وكعرض الولد على القافة حين الاشتباه به .

---

(٦٥) المرجع نفسه : ١٠٧ .

(٦٦) المرجع نفسه : ٥٢٦ .

(٦٧) المرجع نفسه : ٤٥٣ .

(٦٨) المرجع نفسه : ٤٨٩ .

(٦٩) المرجع نفسه : ٥٠٦ .

(٧٠) المرجع نفسه : ١٠٣ .

(٧١) المرجع نفسه : ٤٩٦ .

الفصل الرابع

الأحكام التي يصدرها القاضي ونقضها

ونقصد بها القرارات التي يصدرها القاضي بعد المرافعة وسماع الشهادات وتدوينها وتزكيتها والمشاورة في تلك المسألة ، ونطق القاضي بتلك الأحكام بقوله : حكمت ، أو ألزمت •

هل الثبوت حكم :

ويشير ابن أبي الدم مسألة دقيقة ، هي أن الحاكم اذا ثبت عنده الحق بشهادة عدلين ولم يقل حكمت ولا ألزمت ، فهل مجرد قوله : « ثبت الحق عندي » حُكْمٌ به ؟ حتى لا يفتقر بعده الى قوله حكمت أو ألزمت أو ما يقوم مقامهما[1] ؟

ذكر القاضي ابن أبي الدم أن في ذلك وجهين أصحهما عنده أن الثبوت ليس بحكم •

ومحصلة ذلك أننا اذا قلنا : ان الثبوت ليس بحكم فان للحاكم قبل اصدار الحكم أن يتوقف اذا رابه أمر ، وأن الشاهد لا يغرم اذا رجع عن شهادته ، وان شهادة الفرع لا يعمل بها اذا رجع شاهد الأصل أو برىء من مرضه ، بل يجب على شاهد الأصل أداء الشهادة ليعمل بها •

واذا قامت البينة على ميت ، أو غائب ، فقد ثبت الحق بمعنى ظهر

(١) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٢ وما بعدها ، والفقرة : ٤٣٥ •

للحاكم صدق المدعى ، فلو سأل من الحاكم الحكم له بالحق ، فلابد من يمين للحكم على الميت قولا واحدا ، وللحكم على الغائب على أصح القولين .

واذا قلنا : ان الثبوت حكم فمتى قال ثبت عندي الحق ، فهذا حكم منه به الآن ، فتبنى عليه الأحكام التي ذكرناها جميعها ، ولا يحتاج معه الى قوله : وحكمت به .

حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه :

ويرى القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم – تبعا للامام الشافعي وأصحابه – أن حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه[2] .

وهو رأي الجمهور من فقهاء المذاهب[3] .

وذهب أبو حنيفة ، وهو رواية عن الامام أحمد ، الى أن حكم الحاكم يحيلها في الفروج والنسب ، دون الأنفس والأموال[4] .

ومثال ذلك : اذا شهد شاهدان فقبل القاضي أقوالهما عنده على رجل أنه طلق زوجته ثلاثا وفرق الحاكم بينهما بشهادتهما ، وهما عالمان

---

(٢) أدب القضاء الفقرة : ١٨٢ ، وانظر رأي الامام الشافعي في الأم : ٢٠٢/٦ ، مغني المحتاج : ٣٩٧/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٦/٨ .

(٣) انظر المغني : ٤٠٧/١١ – ٤٠٨ ، الشرح الكبير : ٤٦٥/١١ ، المحلى ٤٢٢/٩ الفقرة : ١٧٩٢ ، البحر الزخار : ١٣٧/٦ .

(٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٢ ، وانظر رأي أبي حنيفة وخلاف صاحبيه له في شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة : ١٧٦/٣ – ١٧٧ ، الفقرة ٦٨٠ ، فتح القدير : ٤٩٢/٥ ، رد المحتار : ٤٠٥/٥ ، روضة القضاة : ٣٢٠/١ ، المبسوط : ٨٦/١٦ ، معين الحكام : ٣٠ .

بكذبهما ، فانه لا يجوز لواحد منهما أن يتزوج بها مع علمه بالحال ، وقال أبو حنيفة : يجوز[5] .

وكذلك لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها ولم يكن في نفس الأمر تزوجها ، فشهد له شاهدان أنه تزوجها ، وحكم الحاكم بشهادتهما ، حلت له عنده ظاهرا وباطنا ، وعند ابن أبي الدم وغيره من الفقهاء الشافعية وغيرهم لا تحل له أصلا[6] .

وعلى ذلك مسائل عديدة .

وقد أرجع ابن أبي الدم[7] أصل الخلاف في هذه المسألة الى الخلاف في مسألة أن المجتهد المصيب واحد أو أن كل مجتهد مصيب ؟

فمن قال : كل مجتهد مصيب كان الحق على مذهبه في جهات متعددة ، فينفذ حكم الحاكم في المجتهدات ظاهرا وباطنا .

ومن قال ان المصيب واحد فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها الله تعالى فلا ينفذ ظاهرا وباطنا بل ظاهرا فقط .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

نقض الحكم :

ولا يقصد به المعنى المتعارف عليه عند أهل القانون من أن النقض كطريق طعن في الأحكام « القصد منه تقويم الاعوجاج القانوني في الحكم

---

(٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٢ ، وانظر المسألة في شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٣/١٧٦ ـ ١٧٧ الفقرة : ٦٨٠ .
(٦) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٣ .
(٧) المرجع نفسه : ١٨٧ .

المطعون فيه وتوحيد فهم القضاة للقانون »[٨] ، « لتدقيق الأخطاء القانونية والأصولية والاجرائية وتصحيحها ، ثم اصدار قرارها على ضوء اللوائح التي يقدمها الخصوم ومحاضر المرافعات في ملف الدعوى »[٩] وذلك « بقصد الغائه ، أو تعديله ، أو ازالة آثاره »[١٠] الذي يقدم الى محكمة مختصة باجراءات معينة ومواعيد محددة ٠

وانما يقصد به هنا المعنى اللغوي ، وهو ابطال الحكم والحل منه ٠

قال تعالى : « ولا تكُونُوا كالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ »[١١] ٠

أو بمعنى الرجوع عنه كما قال تعالى :

« ولا تَنْقُضُوا الأَيْمانَ بَعْدَ توكيدِها »[١٢] ٠

وكما قال :

« والذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة »[١٣] ٠

وقد عقد القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم فصلا في نقض قضاء القاضي قضاءه الذي وقع منه[١٤] ٠

---

(٨) القضاء في الاسلام وحماية الحقوق للدكتور عبدالعزيز خليل بديوي : ٨٠ ــ ٨١ ٠
(٩) القواعد العامة للمرافعات الحديثة في القانون العربي المقارن للمحامي جليل قسطو : ١٢٥ ٠
(١٠) طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية عبدالمنعم حسني : ٥/١ ٠
(١١) النحل : ٩٢ ٠
(١٢) النحل : ٩١ ٠
(١٣) الانفال : ٥٦ ٠
(١٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٢ وما بعدها ٠

بين فيه أن القاضي قد يقوم بنقض حكم صادر في قضية ، سواء كان ذلك الحكم قد صدر منه ، أو من قاض آخر كاتبه به ٠

فذكر أن من الأحكام ما لا ينقض ، وهي تلك الأحكام التي صدرت وفق النصوص الشرعية ، ولا مجال فيها للاجتهاد ٠

يضاف الى ذلك الأحكام التي صدرت عن اجتهاد لخلوها عن النص ، أو لم يكن مجمعا عليها ، فلا ينقضها باجتهاد ثان[١٥] ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد[١٦] ٠

وهذا باتفاق الفقهاء جميعا[١٧] ٠

أما الأحكام التي يجب أن تنقض ، فهي الأحكام المخالفة لنص الشارع من الكتاب أو السنة المتواترة أو الاجماع ، أو القياس الجلى ٠ وذلك باتفاق الفقهاء أيضا[١٨] ٠

وقد نص ابن أبي الدم على نقض القاضي قضاءه المستند الى اجتهاده المخالف لخبر الواحد الصريح الصحيح الذي لا يحتمل الا تأويلا بعيدا

---

(١٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٩ ٠

(١٦) وهي قاعدة فقهية ، انظر الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٠١ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠٥ ٠

(١٧) انظر : تبصرة الحكام : ٧١/١ ، وما بعدها ، حاشية الدسوقي : ١٥٣/٤ ، معين الحكام : ٢٨ ، الفتاوى الهندية : ٤٢١/٣ ، الهداية : ١٠٧/٣ ، فتح القدير وحواشيه : ٤٨٧/٥ ، المغني : ٤٠٣/١١ ، الشرح الكبير : ٤١٢/١١ مختصر المزني : ٢٤٢/٥ ، الأم : ٢٠٧/٦ ، أدب القاضي للماوردي : ٦٨٢/١ الفقرة : ١٧٤٠ ، المهذب : ٢٩٨/٢ ، مغنى المحتاج : ٣٩٦/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٦/٨ ، البدائع : ٤٠٨٢/٩ ، البحر الزخار : ١٣٥/٦ ـ ١٣٦ ٠

(١٨) المراجع المشار اليها الآن ٠

ينبو الفهم عن قبوله على الأصح[١٩] .

وذكر رأيا آخر ضعيفا انه لا ينقض ذلك .

وضرب لنا أمثلة على ما يحق للقاضي الشافعي أن ينقضه من أحكام القضاة الآخرين :

فذكر منها :

قضاء الحنفي في مسألة خيار المجلس بنفيه ، وفي العرايا ، وذكاة الجنين ، والنكاح بلا ولي ، قال وقيل ان الأصح أنه لا ينقض في مسألة النكاح بلا ولي .

قال : وينقض أيضا قضاؤه اذا حكم بشهادة الفاسقين على الأصح ، وكذلك من قضى بصحة بيع أمهات الأولاد على الأصح ، وقضاء الحنفي في مسألة المثقل ، وفي مسألة العبد المأذون له بالتجارة اذا تعدى ما صرح له السيد بالاقتصار عليه ، ومسألة زوجة المفقود أن تنكح بعد تربص أربع سنين ، وغير ذلك .

كل ذلك لأن للشافعية رأيا يخالف ما عند الأحناف في ذلك لاختلاف الأدلـة .

ومثل هذا نجد الحنفية بالمقابل انهم يرون نقض القضاء المستند الى الشاهد واليمين[٢٠] ، لأنهم لا يرون أن الشاهد واليمين حجة في اثبات الحقوق ، وذكروا لذلك مسائل متعددة[٢١] .

---

(١٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٧١ .
(٢٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٧٦ .
(٢١) انظـر شرح أدب القاضي للخصاف لحسام الدين الصـدر الشـهيد ١٢٣/٣ ، الفقرة : ٦٤٥ ، وما بعدها ، وقابل ذلك بما فيه ج ٣ ص ١١٠ ، الفقرة : ٦٣٩ ، وما بعدها ، بدائع الصنائع : ٤٠٨٥/٩ ، فتح القدير : ٤٨٩/٥ .

الباب الرابع

دراسات فقهية مقارنة لبعض المسائل الخلافية

الواردة في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العلي القدير ، والصلاة والسلام على نبيه البشير النذير ، محمد وآله وصحبه ، ومن سار على هدى كتابه المنير ، الى يوم العرض والنشور •

وبعـــد :

فهـذه دراسات مقارنة لمسائل فقهية كثر فيهـا الكلام بين الفقهاء وتشعبت فيها مذاهبهم ، تعرض لها القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم ابن عبدالله المعروف بابن أبي الدم (المتوفى ٦٤٢هـ) في كتـابه (أدب القضاء) ، أشرنا اليها بايجاز شديد في الابواب السابقة ، تناولنا في هذه الدراسات عرض قول المؤلف في كل مسألة منها ، وبيان المذاهب الفقهية المختلفة فيها مع دليل كل مذهب ، وختمنا ذلك بالترجيح بين هذه المذاهب على وجه مختصر •

نرجو الله أن يأخذ بأيدينا الى ما فيه الخير انه هو السميع البصير ، وبالاجابة جدير ، فهو نعم المولى ونعم النصير •

الفصل الأول

قضاء المرأة

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم المذكورة شرطا من الشرائط التي يجب أن تعتبر في صفات القاضي(١) .

ونص على أن المرأة ليست من أهل القضاء واذا وليت القضاء لم تنعقد ولايتها ولا أحكامها(٢) .

واعلم أن في قضاء المرأة ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : لا يجوز قضاؤها مطلقا .

والمذهب الثاني : يجوز قضاؤها مطلقا .

والمذهب الثالث : يجوز قضاؤها في كل شيء الا في الحدود والدماء .

أما المذهب الأول (وهو عدم جواز قضائها مطلقا) فقد ذهب اليه جمهور الفقهاء من الشافعية(٣) ، والمالكية(٤) ، والحنابلة(٥) .

---

(١) أدب القضاء الفقرة : ١٠ .

(٢) المرجع نفسه الفقرة ١١ .

(٣) انظر رأي الشافعية في تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم عليها جـ ١٠ ص ١٠٦ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ٦٥ ، تاريخ قضاة الاندلس للنباهي ص : ٤ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٢٩/٤ ، تبصرة الحكام : ٢٤/١ .

(٥) المغني (نشر مكتبة الرياض ومكتبة الجمهورية) : ٣٩/٩ ، وانظر

وأما المذهب الثاني : (وهو جواز قضائها مطلقا) ، فقد ذهب اليه الامام ابن جرير الطبري[٦] ، وابن حزم[٧] .

وأما المذهب الثالث : (وهو جواز قضائها في كل شيء الا في الحدود والدماء) فهو قول الحنفية[٨] .

أدلة المذهب الأول :

استدل المانعون من قضاء المرأة بالكتاب ، والسنة ، والاستدلال :

أما الكتاب ، فقوله تعالى :

« الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ »[٩] .

فقد جعل الله القوامة للرجال عليهن ، وفي قضاء المرأة نوع ولاية وقوامة ، مخالفة لما نص الله عليه .

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم :

نيل الاوطار : ٨/٥٠٨ — ٥٠٩ ، الاحكام السلطانية لأبى يعلى : ٤٤ ، الاقناع : ٢/٢٩٢ .

(٦) انظر رأي ابن جرير الطبري ينقله الماوردي في الاحكام السلطانية ص ٦٥ وعلق عليه بقوله : ولا اعتبار بقولٍ يرده الاجماع ، وانظره أيضا في بداية المجتهد : ٢/٤٢١ ، والمغنى (ط : الرياض) : ٩/٣٩ .

(٧) المحلى (طبعة الطباعة المنيرية) : ٩/٤٢٩ ، (ومطبعة مكتبة الجمهورية بمصر - ١٩٧٠) ، ١٠/٦٣١ الفقرة : ١٨٠٤ .

(٨) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد المعروف بابن مازة البخاري : ٣/١٦٠ رقم الفقرة : ٦٧٠ ، بدائع الصنائع : ٩/٤٠٧٩ ، فتح القدير : ٥/٤٨٥ ، فتاوى قاضيخان : ٢/٣٦٤ ، حاشية رد المحتار : (ط : ٢) ٥/٣٥٧ .

(٩) النساء : ٣٤ .

« لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً »[١٠] .

ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يول امراة القضاء ولم يولها أحد من صحابه ، وكفى بهم قدوة .

وأما الاستدلال ، فقد قال الماوردي :

« لأن الانوثة تنقص عن كمال الولايات وقبول الشهادات »[١١] .

وقال ابن قدامة : « لأن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه الى كمال الرأي ، وتمام العقل والفطنة ، والمرأة ناقصة العقل ، قليلة الرأي ، ليست أهلا للحضور في محافل الرجال ، ولا تقبل شهادتها ، ولو كان معها ألف امرأة مثلها ، ما لم يكن معهن رجل ، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى : « أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى[١٢] ، ولا تصلح للامامة العظمى ، ولا لتولية البلدان ، ولهذا لم يول النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا أحد من خلفائه ، ولا من بعدهم امرأة قضاء ، ولا ولاية بلد فيما بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا .. »[١٣] .

أدلة المذهب الثاني :

واستدل المجيزون لقضاء المرأة مطلقا بما روى عن عمر بن الخطاب

---

(١٠) حديث : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » رواه البخاري في المغازي عن أبى بكرة (انظر صحيح البخاري : ٣/٦٠) وهو عند الحاكم وابن حبان وأحمد مطولا (المقاصد الحسنة : ص ٣٤٠ رقم ٨٧٨) .

(١١) الاحكام السلطانية للماوردي : ٦٥ ، وانظر الأحكام السلطانية لأبى يعلى : ٤٤ .

(١٢) البقرة : ٢٨٢ .

(١٣) المغنى (مكتبة الرياض) : ٣٩/٩ ـ ٤٠ .

رضى الله عنه أنه ولى الشفاء (امرأة من قومه) السوق •

ولأنه لما جازت فتياها جاز قضاؤها •

وأما حديث « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » فانهم وجهوه بأن انما قال الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في الأمر العام الذي سر الخلافة •

قال ابن حزم :

« فان قيل : قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لن يفلح قوم اسندوا أمرهم الى امرأة » قلنا : انما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأمر العام الذي هو الخلافة ، برهان ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « المرأة راعية على مال زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها » ، وقد اجاز المالكيون أن تكون وصية ووكيلة ، ولم يأت نص من منعها أن تلى بعض الأمور ، وبالله تعالى التوفيق »(١٤) •

أدلة المذهب الثالث :

استدل القائلون بجواز قضائها في كل شيء الا في الحدود والدماء بما استدل به المجيزون لقضائها في كل شيء الا أنهم منعوها من القضاء في الحدود والدماء ، لأن القضاء كالشهادة ، فمن لم تجز شهادته لم يجز قضاؤه ، فصح قضاؤها في ما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها تصح في كل شيء الا الحدود والدماء ، فتقضى المرأة في كل شيء الا فيهما(١٥) •

---

(١٤) المحلى (طبعة مكتبة الجمهورية) : ٦٣١/١٠ رقم المسألة ١٨٠٤ •

(١٥) انظر هذا الاستدلال في فتح القدير : ٤٥٤/٥ ، حاشية رد المحتار على الدر المختار : جـ ٥ ص ٣٥٤ ، بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ، شرح أدب القاضي للخصاف تاليف ابن مازة البخاري : ١٦٠/٣ رقم الفقرة ٦٧٠ •

الترجيح بين المذاهب :

وأرجح المذاهب في نظرنا ـ والله أعلم ـ هو مذهب القائلين بجواز قضائها في ما تصح فيه شهادتها • أي القائلين بأنها يجوز لها أن تقضي في كل شيء الا في الحدود والدماء •

وذلك لأن ما يفهم من كلام القوم أن الاتفاق جار بين الفقهاء أن أهلية القضاء هي أهليـة الشهادة ، فحيث جازت الشهادة من شخص جاز قضاؤه •

وأما حديث « لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة » فانه صلى الله عليه وسلم قاله لما بلغه أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى ، أي أنه قصد به ـ والله أعلم ـ معنى الامامة العظمى ، وعلى ذلك المعنى تقتصر دلالة الحديث(١٦) •

ومن جهة ثانية نجد أنه قد استقر الرأي عند جمهور الفقهاء أن المرأة لا يجوز لها أن تقوم بالولاية العامة ، لأن طبيعتها تتنافى مع ذلك وأن الولاية الخاصـة مشروعة وجـائزة كولاية التربيـة الاولى التي تسـمى بالحضانة ، والتعليم والتدريس والتمريض • فجاز أن تلي ولاية خاصـة للنظر في قضايا الاحداث أو القضايا التي تخص النساء في عيوبهن وابدانهن وأمورهن الخاصة الأخرى والله أعلم •

---

(١٦) نيل الأوطار : ٨/٥٠٨ ، والبيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف ٣/١٢٥ •

الفصل الثاني

شرط الاجتهاد في القاضي

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أن من جملة الشرائط المعتبرة في صفات القاضي على مذهب الامام الشافعي ، أن يكون القاضي مجتهدا مطلقا[1] .

وبهذا قال الامام مالك[2] ، وبعض من أصحابه المتقدمين ، والامام أحمد[3] ، وبعض الحنفية[4] .

وذهب جمهور الفقهاء الى اشتراط العلم الذي لا يتم الحكم الا به[5] . وعبر عنه ابن فرحون بالعلم مع الورع[6] ، وقطع ابن أبي الدم بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة[7] ، ونقل

---

(١) أدب القضاء الفقرة ١٩ ، وانظر بشأن رأي الشافعي : أدب القاضي للماوردي : ٦٣٧/١ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ٦٦ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم عليها : ١٠٧/١٠ .

(٢) حاشية الدسوقي : ١٢٩/٤ ، تبصرة الحكام : ٢٧/١ .

(٣) المغني (مكتبة الرياض) : ٤١/٩ ، الاحكام السلطانية لابى يعلى الحنبلي : ٤٦ .

(٤) فتح القدير : ٤٥٤/٥ ، معين الحكام : ١٥ .

(٥) المحلى (مكتبة الجمهورية) : ٥٠٩/١٠ ، الفقرة : ١٧٧٩ ، وانظر تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم : ١٠٧/١٠ ، وما بعدها ، وحاشية الدسوقي : ١٢٩/٤ ، فتح القدير : ٤٥٤/٥ .

(٦) تبصرة الحكام : ٢٧/١ .

(٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٢١ .

عن جماعة من الفقهاء الشافعية استبعادهم حصول الاجتهاد المطلق في شخص من الاشخاص(٨) •

وذهب جمهور الحنفية(٩) ، وبعض متأخري المالكية(١٠) الى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا ، فيجوز أن يولى غير المجتهد ، ويحكم بفتوى غيره •

وآراء الفقهاء على اختلافها في هذه المسألة يمكن تصنيفها لى مذهبين عموما :

الأول : اشتراط الاجتهاد في القاضي (على اختلاف في درجات العلم المعتبرة في أهلية القضاء واختلاف صفات القاضي فيها هل يكون مجتهدا مطلقا أو مقيدا) وهو رأي جمهور الفقهاء •

الثاني : عدم اشتراط الاجتهاد فيه ، وهو رأي جمهور الحنفيه وبعض متأخري المالكية •

مذهب الجمهور ودليله :

فأما مذهب الجمهور فقد اشترطوا فيه أن يكون القاضي مجتهدا ، ومن ثم لا يصلح العامي الجاهل لأن يكون قاضيا ، ولا يجوز تقليده ، واذا قلد القضاء فقضى نقض قضاؤه •

وقد استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والعقل :

فأما الكتاب :

---

(٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٠ •

(٩) بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ، الفتاوى الهندية : ٣٠٧/٣ ، مجمع الأنهر : ١٥٤/٢ ، وفتح القدير : ٤٥٤/٥ ، رد المحتار : ٣٦٥/٥ •

(١٠) حاشية الدسوقي : ١٢٩/٤ ، بداية المجتهد : ٤٢١/٢ •

فقد قال تعالى : « وأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ »(١١) .

والجاهل لا يستطيع أن يحكم بما أنزل الله ، لأنه لا يعلمه .

واما السنة :

فما روى عن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« القضاة ثلاثة ، اثنان في النار ، وواحد في الجنة : قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار »(١٢) .

وأما العقل :

فلاشك أن العالم أفضل من الجاهل لقوله تعالى : « هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون »(١٣) .

فان كان جاهلا بما لا يجوز الحكم الا به ، فلا يحل له أن يشاور من يرى أن عنده علما ، ثم يحكم بقوله ، لأنه لا يدري أفتاه بحق أم بباطل ، وقد قال تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم »(١٤) فمن أخذ

---

(١١) المائدة : ٤٩ .

(١٢) حديث « القضاة ثلاثة ... » رواه أبو داود في الأقضية عن بريدة ابن الحصيب ، وقال : هذا أصح شيء فيه (سنن : ٣/٢٩٩ رقم ٣٥٧٣) وانظر جامع الأصول : ١٠/٥٤٥ رقم ٧٦٣٣ ، رواه ابن ماجة في الاحكام (سنن : ٢/٧٧٦ رقم ٢٣١٥ ، ورواه الحاكم في الاحكام وصححه (المستدرك : ٤/٩٠) وقد ذكرنا طائفة ممن رووا هذا الحديث في تعليقات الفقرة (٥) من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ـ فليلاحظ ذلك .

(١٣) الزمر : ٩ .

(١٤) الاسراء : ٣٦ . ...

بما لا يعلم فقد قفا ما لا علم له به ، وعصى الله عز وجل[١٥] .

مذهب الحنفية وبعض متأخري المالكية :

أما مذهب جمهور الحنفية وبعض متأخري المالكية فقد ذهبوا الى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا ، وأن الاجتهاد شرط الاولوية[١٦] عندهم ، فيجوز أن يولى غير المجتهد ويحكم بفتوى غيره .

ودليلهم على ذلك أن الاجتهاد المطلق متعذر حصوله في شخص واحد وفي زمن واحد ، واذا تعذر وجوده كانت هناك ضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات ، والضرورات تقدر بقدرها ، فصح تقليد العامي على أن يحكم بفتوى غيره ، ولأن ايصال الحق يحصل بالعمل بفتوى غيره .

الرأي الراجح :

ولا شك أن المذهب الأول هو الراجح ، لأن القاضي لا يستطيع القضاء في مسألة وهو لا يعرف الحكم الشرعي فيها ، وفاقد الشيء لا يعطيه .

ولأن من يكون كذلك لا يصلح للفتوى ، فلا يصلح للقضاء من باب أولى ، لأن القاضي مفت وزيادة .

ثم انه حتى لو أفتاه غيره بالحكم ، فهو لا يعلم ان كان قد أفتاه بالحق أو بالباطل .

لذلك نميل الى ترجيح قول من اشترط الاجتهاد في القاضي ، فان كان اجتهادا مطلقا فهو الأولى ، والا فيشترط فيه الاجتهاد المقيد بمذهب معين على الأقل .

---

(١٥) المحلى (مكتبة الجمهورية) ٥٠٩/١٠ الفقرة : ١٧٧٩ .
(١٦) حاشية رد المحتار : ٣٦٥/٥ .

الاجتهاد المطلق والمقيد :

والاجتهاد المطلق كما عبر عنه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم : أن يكون القاضي عالما بالكتاب والسنة والاجماع والقياس وأقاويل الناس ولغات العرب •

فعلمه بالكتاب العزيز : أن يعلم الآيات المتعلقة بالاحكام ، ويعرف ناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومحكمه ومجمله ، ومبينه ومفصله •

وان يعلم من السنة ما يتعلق بالاحكام ، وناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومفصله ، والمتواتر منه والآحاد ، والمستفيض والمرسل ، والمسند ، والمنقطع ، والمتصل ، وحال الرواة وجرحهم وتعديلهم •••

ويعلم الاجماع ومسائله والاختلاف الواقع بين أهله •

ويكون عالما بالقياس وطرقه ، وأصله وفروعه ، وشروطه وما يفسد به •

ويكون متمكنا من استنباط الأحكام ودركها ، واستخراجها من أصولها ، عارفا بطريق النظر ، خبيرا بالادلة ومعانيها وطرقها ومبانيها ، ونظمها ، ووضعها ، وأنواع الأقيسة ، وما يعتبر فيها •

ويكون عارفا بلسان العرب كالأمر والنهي ، والخبر والاستخبار ، والوعد والوعيد ، والنداء ، وأقسام الاسماء والافعال والحروف ، وما لابد منه في فهم معاني كلام الله تعالى من الكتاب العزيز ، وفهم ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم بلغة العرب من الفاظه(١٧) •

---

(١٧) أدب القضاء لابن أبي الدم ضمن الفقرة ١٩ ، وانظر هذه المعاني في أدب القاضي للماوردي : ١/٦٣٧ والاحكام السلطانية : ٦٦ •

وهذا بلاشك اذا توفر كان خير من يقوم بمهمة القضاء ، وهو محل اتفاق بين الفقهاء جميعا .

ولكن ذلك عزيز نادر ، بل هو كما يقول الشيخ القفال لا يوجد(١٨) .

ثم قال القاضي شهاب الدين ابن أبي الدم « ان هذه الشروط يعز وجودها في زماننا في شخص من العلماء بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق ، هذا مع تدوين العلماء كتب التفسير والسنن والأقيسة والأصول والفروع والبحث عن أحوال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، والتنقيب عن سيرتهم حتى ملأ العلماء الماضون الأرض من مصنفات صنفوها وابتدعوها ، وسهل على الفقيه المتأخر تناول ذلك وحفظه ، ودرك الاحكام منه ، ومعرفته ، بحفظ ما تعب عليه من تقدم .

ومع هذا فليس يوجد في صقع من الاصقاع مجتهد مطلق ، بل ولا مجتهد في مذهب امام واحد تعتبر أقواله وجوها مخرجة في مذهب امامه »(١٩) .

فاذا كان الأمر كذلك فان ابن أبي الدم يرى أن الاجتهاد المطلق والمقيد ، انما كان يشترط في الزمن الأول ، الذي ما يعرى فيه كل اقليم عن جماعة من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى ، فأما في زماننا هذا ، (أي زمن المؤلف) وقد خلت الدنيا منهم ، وشغر الزمان عنهم ، فلابد من جزم القول والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة ، وهو أن يكون عارفا بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقواله المخرجة

---

(١٨) المرجع نفسه الفقرة : ٢٠ .
(١٩) أدب القضاء الفقرة : ٢٠ .

وأقاويل أصحابه ، عالما بذلك ، جيد الذهن ، سليم الفطرة ، صحيح الفكر ، حافظا للمذهب ، وصوابه أكثر من خطئه ، مستحضرا لما قاله أئمته ، قادرا على استخراج المعاني المفهومة من الالفاظ المنقولة عارفا بطرق النظر ، وترجيح الأدلة ، قياسا ، فهما فطنا ، قادرا على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها ، واقامتها على الاحكام المختلف فيها ، متمكنا من ترجيح والأدلة بعضها على بعض .

فالمتصف بهذه الصفات هو الذي تصحّ توليته القضاء في رأي ابن أبي الدم وأضاف : ولا أقل من ذلك . ويجب القطع بنفوذ احكامه ، وصحة تقليده ، وقبول فتواه في هذا الزمن الذي يعز فيه وجود مثل من هذه صفته(٢٠) .

وبهذا يكون رأي القاضي ابن ابي الدم ممثلا للرأي الراجح في نظرنا والله أعلم .

---

(٢٠) أدب القضاء ضمن الفقرة : ٢١ .

الفصل الثالث

قضاء القاضي بعلمه

عقد القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم فصلا في القضاء بالعلم ، ذكر فيه أن هناك بعض المسائل يقضى فيها القاضي بعلمه وان هناك بعضا آخر منها لا يقضى فيها بعلمه .

ومسألة قضاء القاضي بعلمه من المسائل الخلافية بين الفقهاء التي كثر فيها الكلام وتشعبت فيها التفريعات نستطيع أن نبوبها عموما الى أربعة أقوال(١) ، وان كان هناك اختلاف في التفريعات :

١ ـ القول الاول :

لا يحكم القاضي بعلمه في حد ولا في غيره قبل الولاية ولا بعدها

---

(١) انظر اختلافهم في ذلك في المغنى (ط مكتبة الجمهورية) : ٥٣/٩ (وط : المنار) : ٤٠٠/١١ ، والشرح الكبير : ٤٠٠/١١ ، تبصرة الحكام : ٢٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٥٨/٤ ، معين الحكام : ١١٩ ، الفتاوى الهندية : ٣٣٨/٣ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الصدر الشهيد ابن مازة البخاري : ٩٤/٣ الفقرة : ٦٣٣ ، مختصر المزني : ٢٤٦/٥ ، الأم : ٢٢٣/٦ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الأم) : ١٠٣/٧ ، أدب القاضي للماوردي : ٣٧٠/٢ رقم الفقرة ٣٥٥٥ ، تاريخ قضاة الاندلس للنباهي : ١٩٠ ، جواهر العقود : ٣٦٤/٢ ، المدونة : ١٤٨/٥ ، بداية المجتهد : ٤٥٨/٢ ، أخبار القضاة : ٣٥٩/٢ ، المحلى : (ط : المنيرية) : ٤٢٦/٩ الفقرة ١٧٩٦ ، والمحلى (ط : مكتبة الجمهورية) : ٦٢٠/١٠ الفقرة ١٨٠٠ ، القضاء في الاسلام لمدكور : ٩١ ، النظام القضائي في الاسلام : ١٩٠ ، نيل الاوطار : ٥٤٩/٨ .

الا ما يجرى أمامه في مجلس القضاء •

وهو قول شريح والشعبي ومالك واسحاق وأبى عبيد ، وهو أحد قولى الشافعي ورواية عن أحمد •

٢ ـ القول الثاني :

وهو جواز قضاء القاضي بعلمه في ما سوى الحدود ، وهو قول الصاحبين من الحنفية والرواية الثانية عن أحمد والقول الثاني للشافعي واختيار المزني من الشافعية •

٣ ـ القول الثالث :

وهو أن ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه بعلمه ، أما ما كان من حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به ، وهو قول الامام أبي حنيفة •

٤ ـ القول الرابع :

وهو أنه فرض على القاضي أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود ، وسواء علم بذلك قبل ولايته أو بعد ولايته ، وهو مذهب ابن حزم •

أدلة هذه الأقوال :

استدل كل جماعة بأدلة ، نعرضها في ما يلي ، ثم نتبعها بالترجيح :

١ ـ أدلة القول الأول :

استدل القائلون بمنع القاضي من القضاء بعلم نفسه في الحدود وغيرها سواء علم ذلك قبل الولاية أو بعدها الا ما يجرى أمامه في مجلس القضاء بأدلة منها حديث أم سلمة المتفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« انما أنا بشر ، وانكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما أسمع منه ... »[2] .

فدل على أنه انما يقضى بما يسمع لا بما يعلم .

ومنها حديث وائل بن حجر المتفق عليه أيضا في قصة الحضرمي والكندي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « شاهداك أو يمينه ليس لك منه الا ذاك »[3] فنفى ما عدا ذلك .

ومنها ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما : أنت شاهدي ، فقال : ان شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد[4] .

ومنها ما ذكره ابن عبدالبر في كتابه عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة فلاحاه رجل في فريضته فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الأرش ثم قال : « اني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ارضيتم ؟ » قالوا : نعم نصعد النبي صلى الله عليه وسلم فخطب وذكر القصة ، وقال : « أرضيتم ؟ » قالوا : لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل النبي صلى الله عليه

---

(٢) حديث : « انما أنا بشر ... » متفق عليه من حديث أم سلمة ، ورواه أيضا مالك والترمذي وأبو داود (انظر جامع الأصول : ١٠/٥٥٣ رقم ٧٦٥٥) .

(٣) حديث : « شاهداك أو يمينه .. » متفق عليه من حديث وائل ، انظر نصب الراية : ٤/٩٤ ، وتلخيص الحبير : ٤/٢٠٨ ، رقم ٢١٣٧ ، قلت : ورواه الترمذي (السنن : ٢/٣٩٨ رقم ١٣٥٥) .

(٤) المغنى (ط : الرياض) ٩/٥٥ ، المحلى (نشر مكتبة الجمهورية) : ١٠/٦٢٦ .

وسلم فأعطاهم ، ثم صعد فخطب الناس ثم قال : « أرضيتم ؟ » قالوا : نعم[(٥)] .

وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

ومنها ما روى عن أبي بكر الصديق أنه قال : لو رأيت حدا على رجل لم أحده حتى تقوم البينة[(٦)] .

وقد أثر عن كثير من التابعين أنهم لا يحكمون بعلمهم .

ومنها أنهم قالوا : ان تجويز القضاء بعلمه يفضى الى تهمته بأن يحكم بما يشتهى ثم يحيله على علمه .

٢ ـ أدلة القول الثاني :

واستدل القائلون بجواز قضاء القاضي بعلمه في ما سوى الحدود بأدلة منها :

ما روى عن حديث عائشة أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[(٧)] .

---

(٥) المغنى (ط : الرياض) : ٩/٥٥ .

(٦) المرجع نفسه وانظر المحلى : ١٠/٦٣٥ .

(٧) حديث عائشة في قصة هند وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لها « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه رواه البخاري في البيوع (صحيح البخاري : ٢/١٧) والنفقات (صحيح البخاري : ٣/١٩٠) ومسلم في الأقضية (صحيح مسلم : ٣/١٣٣٨ رقم ١٧١٤) وانظر صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢/٧ ، ورواه النسائي (سنن ٨/٢١٦) وابن ماجة (سنن ٢/٧٦٩) والبيهقي (السنن الكبرى : ١٠/١٤٢) ، وانظر تخريجه في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ضمن تعليقات الفقرة ١٢٤٥ .

فحكم لها من غير بينة ولا اقرار لعلمه بصدقها •

ومنها ما روى ابن عبدالبر في كتابه أن عروة ومجاهدا رويا أن رجلا من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حدا في موضع كذا وكذا وقال عمر : اني لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وانت فيه ونحن غلمان ، فأتني بأبي سفيان ، فأتاه به فقال له عمر يا أبا سفيان انهض بنا الى موضع كذا وكذا فنهضوا ، ونظر عمر فقال : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا ، فقال : والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة ، وقال : خذه لا أم لك فضعه ههنا ، فانك ما علمت ، قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم ان عمر استقبل القبلة ، فقال : اللهم لك الحمد ، حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأذللته لي بالاسلام ، قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال : اللهم لك الحمد ، اذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ما أذل به لعمر •

قالوا : فحكم بعلمه عليه •

ومنها انهم قالوا : ان الحاكم يحكم بالشاهدين وقولهما ليس يقينا ، بل يؤدي الى غلبة ظن ، فما تحققه بعلمه وقطع به كان أولى •

ومنها أنهم قالوا انه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، فكذلك في ثبوت الحق قياسا عليه(٨) •

٣ ـ أدلة القول الثالث :

واستدل الامام أبو حنيفة في أن ما كان من حقوق الله لا يحكم فيها

---

(٨) انظر هذه الأدلة في المغنى (ط : الرياض) ٩/٥٤ •

بعلمه بأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة .

وأما حقوق الآدميين ، فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به ، فلأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته[٩] .

٤ ـ أدلة القول الرابع :

استدل ابن حزم على رأيه الذي ذهب فيه الى أنه « فرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء ، والقصاص ، والأموال ، والفروج ، والحدود وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته »[١٠] بأن علم القاضي المتيقن أقوى الأدلة ، قال : « وأقوى ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ، ثم بالاقرار ، ثم بالبينة »[١١] .

ويستدل ابن حزم كذلك بأنه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « بينتك أو يمينه »[١٢] قال : ومن البينة التي لا بينة ابين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه ، فهو في جملة هذا الخبر[١٣] .

---

(٩) حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٣٨ ـ ٤٣٩ ، وقابل ذلك بما فيه في ٤٢٣/٥ ، وقد لخص ذلك ابن قدامة في المغنى (ط : الرياض) : ٥٤/٩ .

(١٠) المحلى (ط : مكتبة الجمهورية) : ٦٢٥/١٠ ، الفقرة : ١٨٠٠ .

(١١) المرجع نفسه .

(١٢) حديث « بينتك أو يمينه » هو أحد ألفاظ حديث « شاهداك أو يمينه » الذي رواه البخاري ومسلم في القضاء عن وائل بن حجر (نصب الراية : ٩٤/٤) وانظر تلخيص الحبير : (٢٠٨/٤ رقم ٢١٣٧) .

(١٣) المحلى : ٦٢٩/١٠ .

وقال تعالى :

« كُونُوا قَوَّامِينَ بِالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ »[14] .

وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، وأن يكون الفاسق يعلن الكفر بحضرة الحاكم والاقرار بالظلم والطلاق ، ثم يكون الحاكم يقره مع المرأة ، ويحكم لها بالزوجية والميراث ، فيظلم أهل الميراث حقهم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ... » .

والحاكم ان لم يغير ما رأى من المنكر حتى تأتي البينة على ذلك ، فقد عصى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فصح أن فرضا عليه أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطى كل ذي حق حقه ، والا فهو ظالم[15] .

ورد على أبي حنيفة في أنه يفرق بين الحدود وغيرها ويفرق بين ما علمه قبل ولايته القضاء أو في ولايته ، بأن ذلك قول لا يعضده قرآن ولا سنة ولا رواية سقيمة ولا قياس وما كان كذلك فهو باطل[16] .

ورد على من استدل بأن ذلك مأثور عن بعض الصحابة بأنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم[17] .

ورد على ما استدلوا به من قول النبي صلى الله عليه وسلم « شاهداك

(١٤) النساء : ١٣٥ .
(١٥) المحلى : ٩/٦٢٩ ـ ٦٣٠ .
(١٦) المرجع نفسه : ٩/٦٢٧ ـ ٦٢٨ .
(١٧) المرجع نفسه : ٩/٦٢٨ .

أو يمينه ليس لك منه الا ذاك » بأنهم خرجوا عليه فجعلوا للقاضي أن يقضى باليمين مع الشاهد ، واليمين مع النكول وليس هـذا مذكورا في الخبر[١٨] .

فضلا عن أنهم جعلوا للقاضي اذا علم بجرحة الشهود ولم يعلم ذلك غيره ، أو علم كذب المجرحين (أي المزكين) أن يحكم بعلمه في ذلك ، وهذا يدل على تناقض قولهم .

وهكذا يأخذ في مناقشة الأدلة التي تمسك بها سواه[١٩] .

القول الراجح :

ومما تقدم نعلم أن المسألة اجتهادية تتجاذبها أطرافها .

ولئن كان واجبا على المكلف ـ سواء كان قاضيا او غيره ـ أن يعمل بما يأمر به الله من اظهار الحق والوقوف في وجه المنكر فان الفقهاء المتأخرين[٢٠] مالوا الى أن القاضي ينبغي أن لا يقضى بعلمه في جميع

---

(١٨) المرجع نفسه : ٩/٦٢٨ .
(١٩) المرجع نفسه : ١٠/٦٣٠ .
(٢٠) نقل صاحب الدر المختار عن الاشباه ان المعتمد في زمانه عدم حكمه بعلمه ، فانظر قوله وتعليق ابن عابدين في رد المحتار عليه : ٥/٤٣٩ ، وانظر نيل الأوطار : ٨/٥٩٤ ، ولسان الحكام : ٦ والمغنى (ط : الرياض) : ٩/٥٥ ، القضاء في الاسلام لمدكور : ٩٣ ، التنظيم القضائي الاسلامي لعبدالرحمن عبدالعزيز القاسم : ٣٧٥ ، الوسيط للسنهوري : ٢/٣٣ ، وعلله بأن علمه يكون دليلا فيحق للخصوم مناقشته ، وهذا لا يجوز ، وانظر أصول الاثبات : جميل بسيوني : ١٢٥ ونص فيه على أن المتأخرين من الفقهاء قد عدلوا عن قول المتقدمين واجمعوا على الفتوى بخلافه (أي بمنع حكمه بعلمه) لعلة واحدة هي فساد الزمان .

الدعاوى والصور ، لغلبة الفساد في هذه العصور وتطرق التهمة .

وهو الذي نرجحه .

قال الشوكاني :

« لا يقضى القاضي بما علم ، لوجود التهمة ، اذ لا يؤمن على التقى أن تتطرق اليه التهمة »[21] ثم قال : « انه لو عمد الى رجل مستور ولم يعهد منه فجور قط ان يرجمه ويدعى أنه رآه يزنى ، أو يفرق بينه وبين زوجته ، ويزعم أنه سمعه يطلقها ، او بينه وبين أمته ، ويزعم انه سمعه يعتقها ، فان هذا الباب لو فتح لوجد كل قاض السبيل لقتل عدوه أو تفسيقه والتفريق بينه وبين من يحب ... »[22] .

ولقد كانت كلمة الشافعي رائعة وهو في وقته حين قال :

« لولا قضاة السوء لقلت أن للحاكم أن يحكم بعلمه »[23] .

فكيف لو كان في وقتنا هذا .

الى جانب ذلك نجد أن الفقهاء[24] تكلموا في حديث هند بأنه مخرج مخرج الفتوى لا مخرج الحكم لأنه صلى الله عليه وسلم أفتى في حق أبى سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكما لما حكم عليه في غيبته .

وحديث عمر كان انكارا لمنكر رآه لا حكما يحكم به ، لعدم وجود الدعوى ولا الانكار بالشروط المعروفة .

فيترجح لدينا الرأي القائل بأنه لا ينبغي للحاكم أن يحكم بعلمه فاذا علم شيئا يمس قضية ما كان له أن يشهد به أمام قاض آخر ، لئلا يكون قاضيا وشاهدا بنفس الوقت ، فيعرض موقفه للتهمة ، والله أعلم .

---

(٢١) نيل الأوطار : ٨/٥٤٩ .

(٢٢) نيل الاوطار : ٨/٥٤٩ .

(٢٣) انظر أدب القضاء لابن أبي الدم ضمن الفقرة ١٥٢ ، وتجد في حاشيتها مظان قول الشافعي .

(٢٤) المغني : (ط : الرياض) : ٩/٥٥ .

الفصل الرابع

القضاء على الغائب

الاصل في الدعوى أن يكون الخصم حاضرا هو او نائبه ، فتجرى المرافعة امام القاضي ، فتتوجه الخصومة اليه ، فيجيب عنها اقرارا أو انكارا ، او سكوتا وقد يتطلب الأمر توجيه اليمين .

فان غاب الخصم ، فهل يحق للقاضي أن يقضى عليه في غيابه ؟ ..

ذكر القاضي شهابالدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن ابي الدم هذه المسالة التي يكثر وقوعها في المحاكمات وعقد لها فصلا[1] منفردا في باب الدعاوى ، فذهب الى جواز سماع الدعوى على الغائب ، والحكم بها عليه ، وحدد الغيبة بمن كان على مسافة القصر فما فوقها[2] .

ومسألة القضاء على الغائب فوق مسافة القصر قد اختلف فيها فقهاء المذاهب على فريقين عموما ، وان كانت هناك تفصيلات فيها عند كل مذهب :

فقد ذهب الحنفية[3] الى عدم جواز القضاء على الغائب ، وبهذا قال

---

(١) هو الفصل الخامس من الباب الثالث في كتابه أدب القضاء في الفقرة ٤٢٥ وما بعدها .

(٢) أدب القضاء ، الفقرة ٤٢٥ ، والفقرة ٤٣٢ .

(٣) انظر رأي الحنفية في مسألة القضاء على الغائب في مختصر الطحاوي : ٢٣٠ ، رد المحتار : ٥/٤٠٩ ـ ٤١٠ ، جامع الفصولين : ٣٩ ، معين الحكام : ٥٣ ، ٦٠ ، المبسوط : ١٦/٩٥ ، الفتاوى الهندية : ٣/٤٣٢ ، بدائع الصنائع : ٨/٣٩١٨ ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام : ٤/١٥٨ ، المادة : ١٦١٨ .

شريح ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، ورواية عن أحمد(٤) .

وذهب الشافعية(٥) ، والمالكية(٦) ، والحنابلة(٧) ، والظاهرية(٨) ، الى جواز سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه اذا كملت الشروط .

ولكل فريق أدلة استدل بها على رجحان مذهبه سنذكرها ، ونتبعها بذكر الراجح منها :

أدلة المانعين من القضاء على الغائب :

وقد أستدل المانعون من القضاء على الغائب بالكتاب والسنة والعقل :

أما الكتاب :

فقوله تعالى :

« وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ اذا فريقٌ

---

(٤) المغني (ط : الرياض) ٩/١٠٩ ، (وط : المنار) : ١١/٤٨٥ وعلى حاشيتها الشرح الكبير : ١١/٤٥٥ .

(٥) انظر رأي الشافعية في الأم : ٦/٢٢٢ ، مختصر المزني : ٥/٢٤٥ ، المهذب : ٢/٣٠٤ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٠٤ ، الفقرة ٣٢٠٠ ، جواهر العقود : ٢/٣٦٠ ، الفتاوى الكبرى للهيتمي : ٤/٣٢٢ ، الوجيز للغزالي : ٢/٢٤٣ .

(٦) انظر تبصرة الحكام : ١/٨٦ ، بداية المجتهد : ٢/٤٦٠ ، مختصر خليل : ٢١٠ ، التاج والاكليل : ٦/١٤٣ ، مواهب الجليل : ٦/١٤٣ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٦٢ .

(٧) انظر قول الحنابلة في المغني (ط : الرياض) : ٩/١٠٩ ، وط : المنار : ١١/٤٨٥ ، والشرح الكبير على هامشها : ١١/٤٥٥ .

(٨) المحلى (ط : المنيرية) : ٩/٣٦٦ ، وط : مكتبة الجمهورية : ١٠/٥١٥ ، الفقرة : ١٧٨٤ .

منهمْ مُعْرِضُونَ »(٩) •

فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لما وجب الحضور ولما استحق الذم فدل على عدم جواز القضاء على الغائب •

وأما السنة :

فما روى عن علي رضى الله عنه أنه قال : ولاني رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمن ، وقال لي : « يا عليّ ان الناس سيتقاضون اليك فاذا أتاك الخصمان ، فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فانه أحرى أن يتبين لك القضاء ، وتعلم لمن الحق » قال علي : فما شككت في قضاء بعد(١٠) •

وما روى عن عمرو بن عثمان بن عفان قال :

أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه ، فقال له عمر : تحضر خصمك فقال له : يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب الا ما أرى ؟ فقال له عمر : فلعلك قد فقأت عيني خصمك معا ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معا ، فقال عمر : اذا سمعت حجة الآخر بان القضاء(١١) •

قالوا : ولا يعلم لذلك مخالف من الصحابة •

---

(٩) النور : ٤٨ •

(١٠) حديث علي : « ان الناس سيتقاضون اليك ••• » رواه أبو داود في الأقضية (سنن : ٣٠١/٣ ، رقم ٣٥٨٢) ، والحاكم : (المستدرك : ٩٣/٤) ، والامام أحمد (المسند : ٩٠/١ ، ٩٦ ، ١١١ ، ١٤٩) وابن حبان (موارد الظمآن : ٣٧٠ ، رقم ١٥٣٩) وغيرهم •

(١١) المحلى : ٥١٩/١٠ •

وأما العقل :

فان حضور الخصم ليتحقق الانكار شرط لصحة الحكم[١٢] ، فاذا لم يحضر لم يصح الحكم •

أدلة المجيزين للقضاء على الغائب :

أما المجيزون للقضاء على الغائب ، فقد استدلوا أيضا بالكتاب والسنة والعقـل •

أما الكتاب :

فقوله تعالى :

« يا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً في الأرضِ ، فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بالحقِّ »[١٣] •

فقد أمره بالحكم بينهم بالحق ، والحكم بالحق لم يقيد بحاضر أو بغائب فكان على عمومه •

وكذلك قوله تعالى :

« كُونُوا قَوَّامِيْنَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ »[١٤] •

وقوله :

« وأَقِيمُوا الشَّهادَةَ لِلّهِ »[١٥] •

وغير ذلك من النصوص جاءت دون تخصيص بحاضر دون غائب •

---

(١٢) رد المحتار : ٥/٤٠٩ •
(١٣) سورة ص آية ٢٦ •
(١٤) النساء : ١٣٥ •
(١٥) آل عمران : ٦٥ •

وأما السنة :

فحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان الذي روته عائشة ، أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت من ماله سرا فهل علي في ذلك من حرج ؟ فقال لها :

« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »(١٦) .

وهذا قضاء منه على غائب ، لان أبا سفيان لم يحضر .

وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكم على الغائب كما حكم على العرنيين الذين قتلوا الرعاء وسملوا أعينهم ، فأتبعهم بقائف ، وهم غيب ، حتى أدركوا ، واقتص منهم »(١٧) .

وحكم على اهل خيبر وهم غُيَّب ، بأن يقيم الحارثيون أولياء عبدالله بن سهل رضى الله عنه البينة ، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر ، ويسلم اليهم ، أو يؤدوا ديته ، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويبرؤوا(١٨) .

وقد تتبع ابن حزم بعض القضايا التي حصلت من الصحابة في القضاء على الغائب(١٩) .

كقضاء عمر وعثمان في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا ، ثم تتزوج(٢٠) .

---

(١٦) حديث هند متفق عليه وقد مر تخريجه قبل قليل .
(١٧) المحلى : ٥٢٢/١٠ .
(١٨) المرجع نفسه .
(١٩) المرجع نفسه .
(٢٠) المرجع نفسه .

وكحكم عمر في تحريق الخص الذي اتخذه سعد ليحتجب عن الناس فيه[21] .

وغير ذلك وهو كثير .

فدل على حصوله من الصحابة بعد الرسول صلى الله عليه وسلم ، سقط ما يدعون من أنهم لا يعلمون له مخالفا في الصحابة .

وأما العقل :

فقد قال ابن حزم :

« وما ندري في الضلال أعظم من فعل حاكم شهد عنده العدول بأن فلانا الغائب قتل زيدا عمدا ، أو خطأ ، أو أنه غصب هذه الحرة ، أو تملكها أو أنه طلق امرأته ثلاثا ، أو انه غصب هذه الأمة من هذا ، أو تملك مسجدا ، أو مقبرة ، فلا يلتفت الى كل ذلك وتبقى في ملكه الحرة والفرج الحرام ، والمال الحرام ، الا ان هذا هو الضلال المبين ، والجور المتيقن والفسق المتين والتعاون على الاثم والعدوان ... »[22] .

الترجيح :

والذي يبدو لنا من الأدلة رجحان الرأي القائل بجواز القضاء على الغائب لأمور :

منها أن أدلة المجيزين أقوى وأظهر في الدلالة ، ذلك أنه ليس من الحق أن تقوم البينات الصادقة عند حاكم بأن فلانا الغائب اغتصب هذه العين أو طلق هذه المرأة بائنا ، وتبقى بعد ذلك في عهدته فهو مال حرام

---

(٢١) المرجع نفسه .
(٢٢) المرجع نفسه ١٠/٥٢١ .

وفرج حرام وقد أمر الحاكم كشأن كل مسلم بأن يغير المنكر بيده اذا رآه ، لاسيما انه قد قطع به بوجود البينات وحصول العلم اليقيني .

ومن جهة أخرى نجد أن المانعين من القضاء على الغائب من الحنفية قد أجازوا القضاء على الغائب في بعض المسائل[٢٣] لاسيما اذا اتصل ذلك بحاضر ، وهذا تناقض منهم .

هذا الى جانب ما يفيده حديث علي من المعاني التي قد تفهم منه :

ففيه ما يفهم بأنه لا يقضى على خصم حاضر دون سماع حجته .

أو أن لا يتعجل بالحكم على الحاضر قبل استنفاد حجته .

كل ذلك توحيه لفظة (أتاك الخصمان) .

أو أن لا يقضى على حاضر أو غائب بقول خصمه فقط ، ولكن بالذي أمر الله به من البينة العادلة ، أو الاقرار .

هذا الى جانب ما طعن به ابن حزم[٢٤] في ما رووه من قول عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر (ولم يولد عمرو الا ليلة موت عمر) ففي الخبر ضعف لا يخفى .

ثم أنه حتى لو ثبت هذا الخبر فقد ثبت عن عمر وعن غيره من

---

(٢٣) ذكر صاحب الدر المختار نقلا عن المجتبى أنها تسع وعشرون مسألة ، فانظر تلك المسائل في حاشية رد المحتار عليه (ط : ٢) : ج ٥ ص ١٤١ ــ ٤١٢ ، وكذلك تجدها في الفتاوى الهندية : ٣/٤٣٣ وما بعدها .

(٢٤) المحلى : ١٠/٥٢٠ .

الصحابة أنهم قد قضوا على الغائب ، فلم يتم لهم ما قالوه بأنه لا يعرف له مخالف .

فظهر بذلك رجحان القول بجواز القضاء على الغائب وهو الذي سار عليه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم[٢٥] والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(٢٥) أدب القضاء الفقرة : ٤٢٥ وما بعدها .

الفصل الخامس

القضاء بالشاهد واليمين

ذكر القاضي شهاب‌الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم القضاء بالشاهد واليمين ضمن طرق الاثبات ، وجعله في المرتبة الثالثة من مراتب الشهادات التي جعلها على أربع مراتب[1] هي :

١ ـ ما لا يثبت الا بأربعة شهود وهو الزنا بعينه •

٢ ـ ما لا يثبت الا بعدلين ذكرين ، وهو ما سوى الأموال ، كالقصاص ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والوديعة ، والعتق ، والاستيلاد ، والكتابة ، والوصاية ، والعفو عن القصاص والجرح وغير ذلك •

٣ ـ ما يثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين وهي الاموال وحقوقها كالاقارير والقروض والاتلافات وغير ذلك •

٤ ـ ما يثبت بشهادة أربع من النسوة منفردات ، وبرجل وامرأتين ، وهو البكارة ، وعيوب النساء في أبدانهن ، والرضاع والولادة •

ومسألة القضاء بالشاهد واليمين من المسائل الخلافية بين الفقهاء انقسموا فيها الى فريقين[2] : فريق يرى جواز القضاء بهما وآخر يمنع منه •

---

(١) انظر الفصل الخامس من الباب الرابع من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، الفقرة : ٦٨١ وما بعدها •

(٢) انظر اختلافهم في ذلك في : الأم : ٢٧٣/٦ ، مختصر المزني :

فقد ذهب جمع من الصحابة ، منهم أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي رضى الله عنهم ، وهو قول الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبدالعزيز ، والحسن ، وشريح ، واياس ، وعبدالله بن عتبة ، وأبى سلمة بن عبدالرحمن ، ويحيى بن يعمر ، وربيعة ، وابن أبى ليلى ، وأبى الزناد ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وابن حزم ، الى أن اليمين مع الشاهد طريق من طرق الاثبات ، يجوز القضاء بها ٠

وذهب الشعبي ، والنخعي ، والأوزاعي ، والحكم ، وفقهاء الكوفة ، والليث بن سعد ، وأبو حنيفة وأصحابه ، الى عدم اعتبار اليمين مع الشاهد طريقا من طرق الاثبات ، فلا يجوز القضاء بها ٠

أدلة القولين :

استدل كل فريق بأدلة ترجح ما يقوله ، نعرضها في ما يأتي ثم نعقب عليها ببيان الراجح منها :

أدلة المجيزين للقضاء باليمين مع الشاهد :

استدل المجيزون للقضاء باليمين مع الشاهد بالسنة ، والاجماع ،

٥/٢٥٠ ، تحفة المحتاج وحاشيتى الشرواني وابن قاسم : ١٠/٢٥١ ، أدب القاضي للماوردي (تحت الطبع) ج ٣ الفقرة ٤٠٩٧ وما بعدها ، المغنى (الرياض) ٩/١٥١ ، وما بعدها ٠ المحلى : (ط : مكتبة الجمهورية) ١٠/٥٨٣ ضمن الفقرة ١٧٩٠ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة البخاري : ٣/١٢٣ ، الفقرة : ٦٤٥ ، رد المحتار : ٥/٤٠١ ، حاشية الدسوقي : ٤/١٨٧ ، الطرق الحكمية : ١٤٢ ، نيل الأوطار : ٨/٥٤٠ ، أحكام القرآن للجصاص : ١/٥١٤ ، جامع الأصول : ١٠/٥٥٥ ، نصب الراية : ٤/٩٦ ، كتاب من طرق الاثبات في الشريعة والقانون للدكتور أحمد البهي : ٢١ ، اصول الاثبات لجميل بسيوني : ص ٨٩ ، القضاء في الاسلام لمذكور : ٨٣ ، النظام القضائي الاسلامي : ٣٦٥ ٠

والاستدلال :

أما السنة :

فأحاديث كثيرة جدا وردت في أنه صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد ، من بينها ما رواه الامام مسلم في صحيحه وأحمد وأبو داود وابن ماجة وغيرهم عن ابن عباس وغيره (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد)[٣] ٠

وأما الاجماع :

فقد أثر عن كثير من الصحابة العمل به ولم يعرف له مخالف ، فيكون اجماعا سكوتيا على جواز القضاء به ٠

وأما الاستدلال :

فقد قالوا : « ان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد ، لقوة جنبته بها ، وفي حق المنكر ،

---

(٣) حديث ابن عباس « ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » رواه الامام مسلم في كتاب الأقضية من صحيحه (صحيح مسلم : ١٣٣٧/٣ ، رقم ١٧١٢) وانظر صحيح مسلم بشرح النووي : ٣/١٢ ــ ٤ ، ورواه أبو داود في كتاب الاقضية من سننه (سنن : ٣٠٨/٣ رقم ٣٦٠٨) وابن ماجة في الاحكام (سنن : ٧٩٣/٢ رقم ٢٣٧٠) وابن الجارود في المنتقى (ص ٣٣٥ رقم ١٠٠٦) والبيهقي في السنن الكبرى : (١٦٧/١٠) والدارقطني (سنن : ٢١٤/٤) والشافعي (الأم : ٢٧٣/٦ ، مسند الشافعي : ١٥٦/٦ ، مختصر المزني : ٢٥٠/٥) ، والترمذي : (سنن ٣٩٩/٢ رقم ١٣٥٨) وانظر جامع الاصول ٥٥٥/١٠ رقم : ٧٦٥٩ وما بعدها) وموطأ مالك (في صلب تنوير الحوالك : ١٠٨/٢) والمطالب العالية : ٢٥٢/٢ رقم ٢١٤٠ ، وانظر نصب الراية ٩٦/٤ ــ ١٠١ ، مجمع الزوائد : ٢٠٢/٤ ، وقد عقد الماوردي في أدب القاضي من الحاوي بابا في الأقضية واليمين

لقوة جنبته ، فان الأصل براءة ذمته ، والمدعى ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه »(٤) .

أدلة المانعين من القضاء باليمين مع الشاهد :

وقد استدل المانعون من القضاء باليمين مع الشاهد بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ ، فَإِن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ »(٥) .

فنص الكتاب على رجلين ، ثم على رجل وامرأتين عند عدم وجود الرجلين ولم تنص الآية على الشاهد واليمين فيكون ذلك زيادة على النص ، والزيادة على النص نسخ ، وخبر الواحد لا ينسخ الكتاب .

وأما السنة :

فأحاديث منها قوله : « البيّنةُ على المدّعي واليمينُ على المدّعَى عليهِ »(٦) .

مع الشاهد عرض فيه لكثير من الأحاديث في هذا الشأن فانظر ج ٣ منه (تحت الطبع) الفقرة ٤٠٩٧ وما بعدها وقد قمنا بتخريجها مفصلا .

(٤) المغنى : ١٥٢/٩ .

(٥) البقرة : ٢٨٢ .

(٦) حديث « البينة على المدعى .. » متفق عليه من حديث ابن عباس ، رواه البخاري في تفسير آل عمران (صحيح البخاري : ٧٣/٣) ومسلم في الأقضية (صحيح مسلم : ١٣٣٦/٣ رقم ١٧١١) ورواه غيرهما ، انظر جامع الأصول : (٥٥٤/١٠ رقم ٧٦٥٨) .

فقد حصر الحديث جنس البينات في جانب المدعى ، وجنس اليمين في جانب المدعى عليه ، يفهم ذلك من الألف واللام التي في البينة ، وفي اليمين ، فقد أفادت الجنس في كل منهما على وجه حصر المبتدأ في خبره •

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ذكر الحديث طريقين فقط لفصل الخصومة هما البينات في جانب المدعى واليمين في جانب المدعى عليه ، والشاهد واليمين ليسا بينة ولا يمين المدعى عليه فيكون العمل بهما اثباتا لطريق ثالث وهو مخالف لهذا الحديث المشهور »(٧) •

وكذلك في حديث « شاهداك أو يمينه » خير الرسول صلى الله عليه وسلم المدعى بين أمرين ، والتخيير يمنع تجاوزهما والشاهد واليمين ليسا واحدا منهما حتى يقضى بهما فيكون ذلك مخالفا لأمره صلى الله عليه وسلم •

وأما المعقول :

فانهم قالوا : ان اليمين مع الشاهد عند المجيزين لها بمثابة الشاهد الثاني ، فاذا كان كذلك فلما لم يصح تقديمها كأحد الشاهدين على الآخر لم يصح أن تكون قائمة مقامه(٨) •

ثم قالوا فضلا عن أن الأحاديث التي تمسك بها المجيزون لا ترقى الى أن تكون دليلا لجواز القضاء باليمين مع الشاهد لضعفها •

---

(٧) انظر المبسوط للسرخسي : ٣/١٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٤/١٩٣ ، رد المحتار : ٥/٤٠١ ، من طرق الاثبات للبهي : ٢٤ •

(٨) انظر بالتفصيل كتاب : من طرق الاثبات للدكتور البهي ص ٢٥ ، طرق القضاء في الشريعة الاسلامية تأليف مجيد حميد سماكبة : ص ١٨ •

الترجيـــح :

والذي يبـدو من مراجعة الادلة للفريقين ترجيح قـول المجيزين للقضاء بالشاهد الواحد مع اليمين ، وذلك لاسباب :

١ ـ ان أحاديث القضاء باليمين مع الشاهد قد اضيف الى صحـة بعضها وسلامته من الضعف كثرة طرقها ، بل بلغت كما يقول السيوطي متابعا للبيهقي وابن الجوزي وغيرهما حد التواتر ، لروايتها عن أكثر من عشرين صحابيا(٩) •

وهذا يؤخذ منه ثبوت قضائه صلى الله عليه وسلم بالشاهد واليمين أولا ، ويجعل هذه الاحاديث ليست من أخبار الآحاد كما يزعمون •

٢ ـ ان أحاديث القضـاء باليمين مع الشـاهد لم تنسخ شيئا من القرآن(١٠) ، ولم ترفع حكما من أحكامه ، فلم ترفع الحكم بالشاهدين ولا الحكم بالشاهد والمرأتين ، بل أفادت حكما يعمل به مع عدم معارضته لما جاء في الآية الكريمة •

وكثيرا ما تأتي السنة المطهرة لتبين أحكاما كثيرة لم يتعرض لهـا الكتاب كالنهي عن الوصية لوارث ، وعن نكاح المرأة على عمتها •

فاذا سلمنا أن الزيادة نسخ كما يقول المانعون فان المانعين منه لم يلتزموا بذلك بل خالفوه في القضاء بالنكول مثلا وهو لم يوجد في النص ، وفي منع التوارث بين المسلم والكافر ، وغير ذلك •

---

(٩) انظر الازهار المتناثرة في الاحاديث المتواترة : ص ٣٥ رقم ٩٣ ، وانظر نظم المتناثر في الحديث المتواتر للكتاني : ١٠٩ ، وانظـر تحفة المحتاج : ١٠/٢٥١ •

(١٠) المغني : ٩/١٥٢ ، من طرق الاثبات : ٣١ ، أصول الاثبات : ٩١ •

٣ ـ وما استدلوا به من حصر البينة في جانب المدعى واليمين في جانب المدعى عليه ، وان الشاهد واليمين ليسا بينة ولا يمين المدعى عليه ، وهو مخالف للحديث المشهور •

فعلى فرض تسليم افادة الحديث ذلك فان العمل بالشاهد واليمين لا يكون اثباتا لطريق ثالث ، بل هما بمجموعهما نوع من البينة •

ولا يعارض هذا ان اليمين في جانب المدعى عليه ، لان اليمين التي في جانب المدعى عليه تفصل في الخصومة بمفردها ، أما هـذه اليمين فلا تفصلها بمفردها ، بل يفصل بها مع الشاهد ، وبمجموعهما يفصل الحكم لا بواحد منهما ، فهي تختلف عن يمين المدعى عليه قطعا(١١) •

٤ ـ واما ما استدلوا به من أن اليمين مع الشاهد هي بمثابة الشاهد الثاني فلما لم يصح تقديمها على الشاهد سقط اعتبارها قائمة مقام الشاهد ، فاليمين هنا انما لم تقدم على الشاهد لأنهـا انما أتى بهـا لتقوية جانب الشاهد ، وليس لمجيئها قبله قوة ، فلا تدخل ولا تشرع(١٢) •

كل ذلك يرجح في نظـرنا أدلة القائلين بجواز القضاء باليمين مع الشاهد ، وهو ما ذهب اليه القاضي شهابالدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم ، والله اعلم •

---

(١١) انظر ذلك بتفصيل في كتاب من طرق الاثبات للدكتور البهي : ٣٣ ـ ٣٤ •

(١٢) من طرق الاثبات ص ٣٥ ، كتاب المغنى ٩/١٥٢ •

الفصل السادس

القضاء بالنكول

النكول في اللغة :

مصدر نكل ينكل نكولا خاف وجبن ونكص ، فكأن المدعى عليه اذا وجهت اليه اليمين وخشي عاقبة الحلف بهـا هابها ، فهذا هـو النكول ، والناكل الجبان الضعيف[1] .

أما في الاصطلاح :

فهو امتناع المدعى عليه من اليمين اذا وجهت اليه[2] .

هل يكفي النكول وحده في الحكم على الناكل :

اذا توجهت اليمين على شخص فنكل عنها ، بأن امتنع منها ، أو قال : أنا ناكل ، أو لا أحلف ، أو سكت وكرر عليه القاضي مرارا سؤاله بأن يحلف ، فلم يحلف فهل يكون ذلك الامتناع وحده كافيا في الحكم عليه ؟ على معنى أن النكول يعتبر اقرارا منه بالشيء ، فيصح حينذاك أن يكون حجة في الحكم ؟ أم أنه لم يكن متمحضا في ذلك ؟

والحق أن النكول في حقيقته قد يكون كذلك وقد يكون معبرا عن معان أخرى كأن يكون الشخص متهيبا متورعا عن اليمين ، أو قد يكون مشتبها ، لأن الأمر فيه تعامل وحساب مضى عليه وقت طويل ، فلأجل ذلك لا يصح أن يكون حجة في الحكم .

---

(١) مادة : نكل في اللسان ١١/٦٧٧ ، والتاج : ٨/١٤٥ .
(٢) انظر أصول الاثبات : ١١٩ .

ومن هنا اختلف الفقهاء في النكول مع ما ثبت فيه من الآثار •

وقد ذهب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم الى أن النكول وحده غير كاف في الحكم على الناكل ، بل يجب أن ترد اليمين على المدعى ليحلف فيستحق ما أدعى[٣] •

وهو قول الشافعية[٤] ، والمالكية[٥] واحدى الروايتين عن أحمد[٦] ، وهو مروى عن كثير من الصحابة ، منهم : عمر ، وعلي ، وبه قال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين[٧] •

وقال الحنفية[٨] ـ وهو الرواية الثانية عن أحمد[٩] ، وبه قضى عثمان : ان النكول كاف في القضاء عليه ، ولا ترد اليمين على المدعى •

وذهب ابن حزم[١٠] ، وهو قول مروى عن ابن أبي ليلى[١١] ، الى أنه لا يقضى عليه بالنكول ، ولا ترد اليمين على المدعى ، بل يحبس المدعى عليه حتى يقر ، أو يحلف •

---

(٣) أدب القضاء الفقرة ٢٨٩ وما بعدها •
(٤) المرجع نفسه ، وانظر تحفة المحتاج : ٣٢٠/١٠ •
(٥) حاشية الدسوقي : ٢٠٢/٤ ، تبصرة الحكام : ٣٠١/١ •
(٦) المغنى (الرياض) : ٢٣٥/٩ وط : المنار ١٢٤/١٢ وفي هامشها الشرح الكبير : ١٥٨/١٢ ، والطرق الحكمية : ١١٦ •
(٧) المرجع نفسه •
(٨) بدائع الصنائع : ٣٩٣٥/٨ ، معين الحكام : ٦٦ ، رد المحتار : ٥٤٩/٥ ـ ٥٥٠ •
(٩) المغنى (الرياض) : ٢٣٥/٩ •
(١٠) المحلى (ط مكتبة الجمهورية) ٥٢٧/١٠ ـ ٥٢٨ ضمن الفقرة ١٧٨٧ •
(١١) المغنى (الرياض) : ٢٣٦/٩ •

أدلة الفريقين :

استدل كل فريق بأدلة يعزز فيها قوله ، نعرضها في ما يأتي ونتبعها بالترجيح .

أدلة الفريق الأول :

وهم القائلون ان النكول وحده غير كاف ، بل يجب أن ترد اليمين على المدعى ليحلف فيستحق .

استدل هؤلاء بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

أما الكتاب :

فقوله تعالى في آية الوصية في السفر :

« تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَناً وَلَوْ كَانَ ذا قُرْبَى ، ولا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللهِ إِنَّا إِذَنْ لَمِنَ الآثِمِينَ ، فَإِنْ عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْماً فآخرانِ يقومانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الذينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمانِ باللهِ لَشَهَادَتُنا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وما اعْتَدَيْنا إِنَّا إِذَنْ لَمِنَ الظَّالِمِينَ ، ذلكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بالشَّهادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أوْ يَخَافُوا أنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ .. »(١٢)

---

(١٢) المائدة : ١٠٦ ـ ١٠٨ .

فأفادت ردّ اليمين من الجهة التي شرعت فيها وهما الشاهدان الى غيرها ويؤخذ منه ردّ اليمين من المدعى عليه الى غيره[١٣] .

وأما السنة :

فما أخرجه الدارقطني والحاكم عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق » .

فهو يدل على أنه لو كان النكول وحده كافيا لحكم به صلى الله عليه وسلم .

وبحديث القسامة الثابت ، أنه ترد اليمين على المدعين .

وأما المعقول :

فان المدعى عليه لما نكل ظهر صدق المدعى ، وقوى جانبه ، فتشرع اليمين في حقه وكالمدعى اذا شهد له شاهد واحد[١٤] .

ولأن النكول قد يكون بجهله بالحال ، أو تورعه عن الحلف على ما لا يتحققه ، أو للخوف من عاقبة اليمين ، أو ترفعا عنها مع علمه بصدقه في انكاره ، ولا يتعين بنكوله صدق المدعى ، فلا يجوز الحكم له من غير دليل ، فاذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو أقوى منها[١٥] .

أدلة الفريق الثاني :

وهم القائلون بأن النكول وحده حجة في القضاء ، دون حاجة الى رد اليمين على المدعى .

استدل هذا الفريق بالسنة والاجماع والمعقول .

---

(١٣) الأم : ٣٤/٧ .
(١٤) المغنى (الرياض) : ٢٣٥/٩ .
(١٥) المرجع نفسه : ٢٣٥/٩ ـ ٢٣٦ .

فأما السنة :

فحديث « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه »[16] .

فأفاد أن جنس اليمين على المدعى عليه بدليل لام الاستغراق ، فلا تبقى يمين توجه الى المدعى[17] .

وكـذا يفهـم من حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »[18] .

واستدلوا أيضا بما روى عن عثمان انه قضى بنكون ابن عمر عن اليمين[19] .

واما الاجماع :

فقد ذكروا ان عثمان حينما قضى بنكول ابن عمر عن اليمين اشتهر ذلك بين الصحابة ولم يعرف له مخالف[20] .

واما المعقول :

فانهم قالوا : ان النكول يدل على الاقرار ضمنا ، ولو كان الناكل

---

(١٦) حديث « لو يعطى الناس ... » متفق عليه من حديث ابن عباس رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران (صحيح البخاري : ٣/٧٣) ومسلم في الأقضية (صحيح مسلم : ٣/١٣٣٦ رقـم ١٧١١) ورواه غيرهما انظر جامع الأصول : ١٠/٥٥٤ رقم ٧٦٥٨ .

(١٧) تبيين الحقائق : ٤/٢٩٤ .

(١٨) مر تخريج الحديث .

(١٩) الطرق الحكمية : ١١٧ وسنن البيهقي ١٠/١٨٤ .

(٢٠) المبسوط : ١٧/٣٤ .

صادقا لبرأ نفسه باليمين ، وليس عليه شيء في اليمين الصادقة .

أدلة الفريق الثالث :

وهم القائلون انه لا يحكم على الناكل ، ولا يرد اليمين على طالب الحق بل يحبس الناكل حتى يقر أو يحلف .

وقد استدلوا بأن رد اليمين لم يأت الا في ثلاثة مواضع منصوص عليها ، وهي القسامة ، والوصية في السفر ، ومع الشاهد الواحد العدل أو المرأتين العادلتين ، فأبقوا الرد في موضعه فقط دون تعديه(٢١) .

الترجيح بين هذه الأقوال :

والذي يبدو أن رأي الفريق الأول القائلين بعدم كفاية النكول وحده ليكون حجة في القضاء ، بل يجب رد اليمين الى المدعى ، أرجح ، وذلك لأن النكول لا يتعين معناه في صدق المدعى ، بل ربما يكون لجهل ، أو تحرج ، أو مراجعة حساب ، أو اشتباه ، أو غير ذلك(٢٢) .

ولأن القضاء بالنكول كما يقولون قضاء بالمفهوم ، والقضاء باليمين المردودة قضاء بالمنطوق(٢٣) ، ولا شك أن المنطوق اوضح من المفهوم ، كما لاشك أن الأمر في باب القضاء يحتاج الى توضيح الحجج والى تثبت في اصدار الحكم .

وبهذا يتوضح لنا أن رأي القاضي شهاب‌الدين أبى اسحاق ابراهيم ابن عبدالله بن أبي الدم هو الرأي الراجح . والله أعلم بالصواب ، واليه المرجع والمآب ، وهو الذي يغفر لنا ذنوبنا يوم الحساب .

---

(٢١) المحلى : ١٠/٥٢٧ ـ ٥٢٨ .
(٢٢) المغنى : ٩/٢٣٥ .
(٢٣) انظر كتاب : من طرق الاثبات للدكتور البهي : ٦٥ ، تحفة المحتاج : ١٠/٣٢٢ .

الفصل السابع

هل يتغير الحكم في الحل والحرمة بحكم الحاكم ؟

ويقصد بذلك ان حكم الحاكم هل يجعل الحلال حراما والحرام حـلالا ؟ •

عقد القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم فصلا[1] بعنوان (ان حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي عليه عندنا) ـ ويقصد عند الشافعية •

وهـو بذلك يتناول ما تناوله الفقهاء السابقون له الذين لم تخـل مؤلفاتهم الفقهية التي تضم أبواب القضاء من هذا الموضوع •

وهي مسألة تدور حول ما اذا ادعى شخص شيئا لا يستحقه مثلا فحكم له القاضي بظاهر أدلته التي قدمها ، كأن يكون شهوده قد شهدوا له بالزور مثلا أو بتحرج المدعى عليه عن اليمين ، واقدام هذا عليها ، فهل لهذا الشخص أن يتصرف بذلك الشيء الذي قضى له به القاضي ؟ •

وهل يحل له أكله ان كان طعاماً ، أو التصرف به ان كان عيناً أو مالاً ، أو وطؤها ان كانت امرأة ادعى نكاحها فحكم له بذلك ؟

---

(١) وهو الفصل السابع من الباب الثاني من كتاب أدب القضاء ، انظر الفقرة ١٨١ وما بعدها •

ذهب الشافعي[٢] ، ومالك[٣] ، وأحمد[٤] في اشهر روايتيه ، والاوزاعي[٥] ، واسحاق[٦] ، وأبو ثور[٧] ، وزفر ، ومحمد بن الحسن ، وأبو يوسف من الحنفية[٨] وداود الظاهري[٩] ، وهو رأي جمهور الفقهاء[١٠] ، الى أن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته ، فلا يحرم حلالا ولا يحل حراما •

فاذا كان ذلك الشيء لا يستحقه نقضى له القاضي به فانه لا يحل له أخذه أو التصرف فيه ، أو وطؤها ان كانت امرأة قضى له بنكاحها منه وغير ذلك •

وذهب أبو حنيفة[١١] ، وهي رواية عن الامام أحمد[١٢] الى أن

---

(٢) انظر رأي الشافعي ورأي أصحابه في الأم : ٢٠٢/٦ ، مغنى المحتاج : ٣٩٧/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٦/٨ ، وتحفة المحتاج وحاشيتى الشرواني وابن قاسم : ١٤٥/١٠ ، قواعد الاحكام : ٢٠٧/٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم الفقرة ١٨١ وما بعدها •

(٣) حاشية الدسوقي : ١٥٦/٤ ، تبصرة الحكام : ٧٥/١ •

(٤) المغني (الرياض) : ٥٨/٩ •

(٥) المرجع السابق •

(٦) المرجع السابق •

(٧) المرجع السابق •

(٨) رد المحتار : ٤٠٦/٥ ، وانظر نيل الأوطار : ٥٣٣/٨ ، فتح القدير : ٤٩٢/٥ ، روضة القضاء : ٣٢٠/١ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الصدر الشهيد ابن مازة : ١٧٢/٣ رقم ٦٧٧ وما بعدها ، المبسوط : ٨٦/١٦ ، معين الحكام : ٣٠ •

(٩) المحلى : ٥٩/٩ •

(١٠) نيل الأوطار : ٥٣٣/٨ ، القضاء في الاسلام لمدكور : ١٠٠ ، النظام القضائي الاسلامي لعبدالرحمن عبدالعزيز القاسم : ٣٤٤ ـ ٣٤٥ •

(١١) انظر رأي أبي حنيفة في فتح القدير : ٤٩٢/٥ ، رد المحتار :

حكم الحاكم يحيلها في الفروج والنسب دون الأنفس والأموال ، وبعبارة أخرى أن حكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا .

فلو شهد شاهدان ، فقبل القاضي أقوالهما عنده على رجل أنه طلق زوجته ثلاثا ، وفرق الحاكم بينهما بشهادتهما ، وهما عالمان يكذبهما ، فانه لا يجوز لواحد منهما أن يتزوج بها مع علمه بالحال في رأي الجمهور . وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتزوج بها(١٣) .

وكذا لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها ولم يكن في نفس الامر تزوجها فشهد له شاهدان أنه تزوجها ، وحكم الحاكم بشهادتهما حلت له عنده ظاهرا وباطنا ، وعند الجمهور لا تحل له أصلا(١٤) .

أدلة أبي حنيفة :

استدل الامام أبو حنيفة على قوله بما روى عن علي رضى الله عنه أن رجلا ادعى على امرأة نكاحها ، فرفعها الى علي رضى الله عنه ، فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية ، فقالت : والله ما تزوجني يا أمير

٥/٤٠٥ ، روضة القضاة : ١/٣٢٠ ، المبسوط : ١٦/٨٦ ، معين الحكام : ٣٠ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الصدر الشهيد ابن مازة : ٣/١٧٢ رقم ٦٧٧ وقد أشار اليه ابن أبي الدم في الفقرة ١٨١ من أدب القضاء .

(١٢) المغني (الرياض) : ٩/٦٠ .

(١٣) انظر هذه المسألة في شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة . البخاري : ٣/١٧٢ رقم ٦٧٧ وقابل ذلك بما فيه في ٣/١٧٦ رقم ٦٨٠ ، رد المحتار : ٥/٤٠١ ، والمحلى (ط : مكتبة الجمهورية) : ١٠/٦١٧ ، وذكرها ابن أبي الدم في الفقرة ١٨٢ من كتاب أدب القضاء ، وانظرها في المغنى (الرياض) : ٩/٥٩ .

(١٤) أدب القضاء لابن أبي الدم الفقرة ١٨٣ ، المغنى (الرياض) : ٩/٥٩ ، المحلى : ١٠/٦١٧ .

المؤمنين ، فاعقد بيننا عقدا حتى أحل له ، فقال شاهداك زوجاك .

فدل على أن النكاح ثبت بحكمه .

واستدل على ذلك أيضا بأن اللعان ينفسخ به النكاح ، وان كان أحدهما كاذبا فالحكم أولى .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على أن حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي عليه بقوله صلى الله عليه وسلم :

« انما أنا بشر ، وأنكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا ، فانما أقطع له قطعة من النار »(١٥) .

فاذا كان حكمه عليه الصلاة والسلام وقضاؤه لا يحل لأحد ما كان عليه حراماً ، فكيف القول في قضاء أحد بعده ؟ .

قال ابن قدامة : « وهذا يدخل فيه ما اذا ادعى أنه اشترى منه شيئا فحكم به .

ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرما عليه كالمال المطلق .

وأما الخبر عن علي أن صح فلا حجة لهم فيه ، لأنه أضاف التزويج

---

(١٥) حديث « انما أنا بشر ... » متفق عليه من حديث أم سلمة ، ورواه أيضا مالك والترمذي وأبو داود (انظر جامع الاصول : ١٠/٥٥٣ رقم ٧٦٥٥) ، وقد مر تخريجه .

(١٦) المغنى (الرياض) : ٩/٥٩ .

الى الشاهدين لا الى حكمه ، ولم يجبها الى التزويج ، لأن فيه طعنا على الشهود •

فأما اللعان ، فانما حصلت الفرقة به لا بصدق الزوج ، ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح ••• »[١٦] •

الترجيح بين القولين :

والذي يميل اليه القلب وتطمئن اليه النفس ما رآه الجمهور من أن حكم الحاكم لا يغير الشيء عن صفته فلا يجعل الحرام حلالا ولا الحلال حراما لقوة الدليل من جهة ، ولأنه لا فرق بين القضاء في الفروج والنسب وبين القضاء في الأموال والأنفس في التحليل والتحريم بل ان احكام الفروج والنسب أكثر خطرا وأعظم حرمة من الأموال المطلقة ، وقد أمر الشرع بالاحتياط الزائد فيها • ولأن الله وحده هو الذي يحل الحلال ويحرم الحرام ولا يشاركه فيه أحد •

فثبت بذلك ترجيح أن حكم الحاكم لا يغير الأمور عن صفتها وهو ما ذهب اليه القاضي شهاب‌الدين ابن أبي الدم والله أعلم بالصواب ، وهو يقضي بالحق وفصل الخطاب ، جنبنا الله واياكم هفوات اللسان ، وعثرات القلم ، وعصمنا واياكم في هذا الزمان ، من الكبائر والصغائر واللمم ، وثبتنا واياكم على الايمان حين التياث الظلم ، ورزقنا واياكم الرضوان والغفران ، فأنه أهل للجود وللكرم ، وصلى الله على سيد الأكوان ، محمد وآله وصحبه وسلم •

الدكتور محيي هلال السرحان

كتاب

أدب القضاء

تأليف

القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله
الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي
المتوفى ٦٤٢هـ

تحقيق ودراسة بقلم

الدكتور محيي هلال السرحان

« الجزء الأول »

الطبعة الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

[١/ب]

[١] الحمدُ للهِ الذي شهدت العقولُ بقدمه (١) ووحدانيته ، ووقفت [دونَ ادراكِ جلالهِ وعظمتهِ ، الذي ابتدعَ المخلوقاتِ](٢) بديعِ حكمتهِ ، وصوّر الكائناتِ [بلطفِ صنعتهِ (٣) وكلّفَ الخلائقَ الاعترافَ بربوبيتهِ ، وأَمرهم باتّباعِ [دينهِ وشريعتهِ](٤) .

أَحمَدُه على توالي نعمتهِ ، وأَشكرهُ على تواترِ آلائهِ ومنّتهِ (٥) .

وأَشهدُ أَنْ لا إله إلاّ اللهُ وحدَهُ لا شريكَ لهُ ، شهادةً تبوّئ قائلَها منازلَ كرامتهِ ، وأشهدُ أنّ محمداً عبدُهُ ورسولهُ أطهرُ البريّةِ مولداً ، وأكرمهم (٦) محتداً (٧) ، وأصلبهم معجماً (٨) ، وأرفعهم علماً ، من اصطفاه اللّه جلّ جلالهُ من خليقتهِ ، وارتضاه لنبوّتهِ

(١) س : بقدرته .
(٢) ما بين القوسين قد انطمس بفعل الرطوبة التي أصابت الاصل ، وما أثبتناه عن س ب .
(٣) ما بين القوسين غير واضح في الاصل ، أوضحناه كما في س ب .
(٤) غير واضحة في الاصل ، وايضاحها على نحو ما جاء في س ب .
(٥) ب : وصفته .
(٦) س ب : وأطيبهم .
(٧) المحتد : الاصل والطبع كما في القاموس (حتد ، ١/٢٩٦) .
(٨) في القاموس : رجل صلب المعجم كمقعد ، أي عزيز النفس (مادة عجم ١٤٩/٤) .

ورسالته ، صلّى الله عليه وعلى آله(٩) ، صلاةً تؤتي قائلها شريفَ شفاعته ٠

[٢] وبعدُ : فانّ أَولى ما أُعملت فيه القرائحُ ، وعلقَت به الافكارُ اللواقحُ ، وعُنِيَ العالمُ بجمعه وتصنيفه ، وَجهد نفسَهُ في ترتيبه وتأليفه ما فيه صلاحُ العواقب ، ونجاحُ المطالب وسموّ المناقب ، وعلوّ المراتب ، وهو علمُ فروعِ الشريعة من الحلالِ والحرام ، والواجب والمندوب ، وأَخصّها بالاولوية علمُ الأقضيةِ والأحكام المتداولة بين القضاة والحكّام ، فان الانتدابَ للاصلاح بين المتحاكمين ، والانتصار(١٠) للمظلوم من الظالم فيما يجرى(١١) بين المتخاصمين ، من أَفضلِ القُرْباتِ ، وأَرفع(١٢) الطّاعاتِ ٠

[٣] وقد كان جماعةٌ من أصحابي المشتغلين(١٣) عليّ بعلم المذهب الشافعيسألوا وضعَ كتاب في أدب القضاء ، يتضمّن جملةً من آدابه وأحكامه ، ونبذة(١٤) من الدعاوى والبيّنات وما يجرى لدى الحكام من الخصومات(١٥) ، وطرفاً من علم الشروط المرسومة بين علماء العصر في هذا الشأن ، واستمر سؤالهم ذلك مدة سنين ، والموانع تمنع ، والاشتغال

---

(٩) س : وعلى آله واصحابه وعترته وبعد فأولى ٠٠ بسقوط جملة من الكلام ٠

(١٠) س : والانتصاب ٠

(١١) س : جرى ٠

(١٢) س : واروج ٠

(١٣) س : المشتغلين بعلم (بحذف لفظة : علي) ٠

(١٤) س : وجملة ٠

(١٥) س : من الحكومات ٠

بتنقيح[١٦] المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، فان[١٧] علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله المنية القصوى ، [٢/أ] إذ هو النافع في الدنيا والاخرى ٠

وما زال سؤالهم يتكرر مرة بعد أخرى ، الى أن استعنت الله تعالى ، واستخرته واستمددته توفيقه وهدايته ، واجبت سؤالهم ، واسعفت[١٨] طلبتهم ، لوجوب حقهم وتعينه ، وعلّقت ما حضرني من هـذا العلم من المسـائل الحسنة الغريبـة ، والفروع المستحسنة العجيبة ، المذكورة في طريقتي[١٩] العراق وخراسان[٢٠] التي[٢١] اعتنى بجمعها من تقدم من ائمة الزمان ٠

و [ذكرت][٢٢] مما اصطلح عليه الحكام من المراسم الشرعية ،

---

(١٦) س : بتحقيق المذهب وتنقيحه ٠
(١٧) في المطبوعة : وان ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ب ٠
(١٨) في الاصل وفي نسخة ب : واسعفتهم ٠
(١٩) في الاصل : طريقي ، والتصحيح من س ب ٠
(٢٠) للفقهاء الشافعية طرق في البحث والاجتهاد ، بحسب الاقاليم التي حلوا فيها ، فهنالك طريقة العراقيين ، وهي التي اتبعها الشيخ أبو حامـد الاسفرايني (أحمـد بن محمد بن أحمد المتوفى ٤٠٦هـ) وتلاميـذه ، وطريقـة الخراسانيين وهي التي اتبعها الخراسانيون والمراوزة والنيسابوريون ، منهم القفال المروزي (أبو بكر عبدالله بن أحمد المتوفى ٤١٧هـ) والقاضي حسين بن محمد بن أحمد المروروذي (المتوفى ٤٦٢هـ) وتلاميذهما ، وهناك طرق أخرى في الشام ومصر والحجاز واليمن ، الا ان الطريقتين المذكورتين هما اشهر الطرق ، فانظر بشأن ذلك طبقات السبكي : ٣٢٤/١ ، تهـذيب الاسـماء واللغات : ١٨/٢ ٠
(٢١) ب : والتي ٠
(٢٢) الزيادة من س ومن مصحح نسخة ب في هامشها ٠

والوقائع الحكمية جملا كثيرة ، وفوائد غزيرة ، ينتفع بها الحكام ، وتابعوهم ، من الكتاب والوكلاء ، والمتداعيين المتناظرين .

ثم اتبعت ذلك بانموذجات[٢٣] في علم كتابة الشروط على مصطلح بلادنا وزماننا ، موافقة[٢٤] لاصطلاح من تقدم في المعنى ، وفي كثير[٢٥] من الالفاظ ، الا في الالفاظ القليلة[٢٦] يستدل الكاتب المتيقظ[٢٧] بها على ما سواها ، ويتعرف بها ما عداها[٢٨] ، قضاء لحقهم ، اذ هم من اجلّ الاصحاب ، ورجاء من الله جلّ جلاله جزيل الاجر والثواب .

هذا مع ان هذا العلم هو على الحقيقة كالعلامة على[٢٩] بقية [علم][٣٠] المذهب وغيره ، والله يعصمنا[٣١] من الزلل ، ويوفقنا[٣٢] للصواب في القول والعمل بمنّه وكرمه .

---

(٢٣) س : ثم اتبعت ذلك ذكر انموذجات ، وفي ب : ثم اتبعت ذلك بذكر انموذجات ، وفي الاصل : ثم اتبعت ذلك بانموذج .. موافقة ، وقد اختار محقق المطبوعة عبارة نسخة س .

(٢٤) س ب والمطبوعة : مع موافقته .

(٢٥) س : وذكرت من كثير الالفاظ (وهو سهو) .

(٢٦) س : القلقة (وهو تصحيف) ، وفي المطبوعة : القليلة التي يستدل.. (بزيادة لفظة : التي) ولم ترد هذه الزيادة في سائر النسخ .

(٢٧) س : المستيقظ .

(٢٨) س : ما عدل تناقضا (وهو تصحيف) .

(٢٩) س : كالعلاوة في . وفي ب : كالغلاوة على .. اما محقق المطبوعة فقد اختار ما جاء في نسخة س ، وراح يشرح معنى العلاوة في الهامش وكل ذلك تصحيف وما اثبتناه عن الاصل .

(٣٠) الزيادة من حاشية الاصل كتبها مصححه ، وهي موجودة في س ب

(٣١) س : يعصم .

(٣٢) س : ويوفق .

[٤] وهـو مرتب على ستة أبواب ، كل باب منها يتضمن فصولا فيـه[٣٣] :

[الباب الاول : في صفة القضاء .

الباب الثاني : في ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود[٣٤] .

الباب الثالث : في الدعاوى والبينات ومجامع[٣٥] الخصومات .

الباب الرابع : في الشهادات .

الباب الخامس : في انهاء ما جرى عند الحاكم المتنازع[٣٦] لديه الى قاض آخر .

الباب السادس : في الشروط المكتتبـة في[٣٧] المحاضر والسجلات والكتب الحكمية وكتب الابتياعات والوثائق والاجارات وغير ذلك][٣٨] .

* * *

(٣٣) لفظة : (فيه) سقطت من س ومن المطبوعة .
(٣٤) س : فيما يجب على الحاكم والشهود والخصوم .
(٣٥) س : وجوامع .
(٣٦) س : المنازع لديهم .
(٣٧) س ب والمطبوعة : من المحاضر .. والتصحيح من عنوان هذا الباب في الورقة : ٩٢ ب من الاصل .
(٣٨) ما بين القوسين المعكوفين زيادة من س ب .

الباب الاول

في

صفة القضاء

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول

في ما ورد[1] من الآيات والنصوص

والآثار في الترغيب فيه والنهي عنه ، واختلاف العلماء في اجابة من يصح تقليده القضاء اذا دعي اليه وامتناعه عنه ، ايهما اولى

[٥] القضاء تلو النبوة ، وخلق الله تعالى الخلق ، وكلفهم الاخذ بالشرائع ، وابتعث[2] رسله صلوات الله وسلامه عليهم قضاة ليحكموا بينهم .

قال الله تعالى :

« كان الناس امة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين ، وانزل معهم الكتاب بالحق ، ليحكم بين الناس في ما اختلفوا فيه »[3] .

---

(١) س ب والمطبوعة : فيما ورد فيه من الآيات .
(٢) س : بعث .
(٣) البقرة : ٢١٣ .

وقال تعالى لرسوله محمد المصطفى صلى الله عليه وسلم :

« وان احكم بينهم بما انزل الله »[٤] .

وقال تعالى :

« فاحكم بينهم بما انزل الله »[٥] .

وقال تعالى :

« يا داود انا جعلناك خليفة في الارض ، فاحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى »[٦] . [٢/ب]

وذم قوما على امتناعهم من اجابة داعي الحاكم الى مجلس[٧] حكمه ، فقال تعالى :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون »[٨] .

ومدح آخرين على اتيانهم[٩] اليه [مذعنين اليه][١٠] منقادين لرسل القضاة ، قائلين سمعا وطاعة اذا دعاهم القاضي الى[١١] اتيان مجلس حكمه وقضائه ، فقال تعالى :

---

(٤) المائدة : ٤٩ .
(٥) المائدة : ٤٨ .
(٦) سورة : ص ، آية : ٢٦ .
(٧) في الاصل : الى مجلسه ، وما اثبتناه عن س ب .
(٨) النور : ٤٨ .
(٩) س : اتيانهم اليهم .
(١٠) الزيادة من س ب .
(١١) س : اذا دعاهم القاضي الى مجلس حكمه .. (بسقوط لفظة : اتيان) .

« انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا »[١٢] •• الآية •

فاستحب بعض أصحابنا من ههنــا ان يقول من دعاه القاضي[١٣] سمعا وطاعة •

وقال عليه السلام :

« اذا اجتهد الحاكم[١٤] فأصاب فله اجران ، وان اخطأ فله اجر واحد »[١٥] •

وانما اوجر على اجتهاده [و][١٦] بذل وسعه ، لا على خطئه •

وقال عليه السلام :

---

(١٢) النور : ٥١ •

(١٣) س : من دعاه الحاكم •

(١٤) س : اذا اجتهد القاضي ••

(١٥) حديث : « اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله اجران •• » اصله الحديث المرفوع المتفق عليه من حديث عمرو بن العاص وابي هريرة ، بلفظ « اذا حكم الحاكم فاجتهد ••• » فقد رواه البخاري عنهما في الاعتصام (صحيح البخاري : ٤/١٨١) ، ومسلم في الاقضية عنهما أيضا (صحيح مسلم : ٣/١٣٤٢ رقم١٧١٦) وصحيح مسلم بشرح النووي: ١٢/١٣) ورواه أبو داود في الاقضية عنهما (سنن : ٣/٢٩٩ رقم ٣٥٧٤) والترمذي عنهما أيضا في الاحكام : (سنن : ٢/٣٩٣ رقم ١٣٤١) والنسائي في آداب القضاة (سنن : ٨/٢٢٣ ــ ٢٢٤) ، وأورده عنهما ابن الاثير (جامع الاصول : ١٠/٥٤٨ رقم ٧٦٤٠ ــ ٧٦٤١) ورواه الحاكم (المستدرك : ٤/٨٨) وابو عوانة (المسند : ٤/١٢) والدارقطني (سنن : ٤/٢٠٣) وابن ماجة في الاحكام (سنن : ٢/٧٧٦ رقم ٢٣٢٤) وابن الجارود (المنتقى ٣٣١ ــ ٣٣٢ رقم ٩٩٦) والشافعي : (الام : ٦/٢٠٣ ، ٧/٨٥ ، مسند الشافعي : ٦/٢٦٣ ، مختصر المزني : ٥/٢٤٢) والامام أحمد (المسند : ٤/١٩٨ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥) وانظره في جامع بيان العلم : (٢/٧١) •

(١٦) الزيادة من س ب •

« القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة ، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار »[17] .

وقال عليه السلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن :

« كيف تقضي ان عرض لك قضاء » ؟

قال : اقضي بكتاب الله .

قال : « فان لم تجد » ؟

قال : فبسنة[18] رسول الله .

---

(17) حديث : « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة .. » رواه أبو داود في الاقضية عن بريدة بن الحصيب ، وقال : هذا أصح شيء فيه : يعني حديث بريدة القضاة ثلاثة (سنن : ٣/٢٩٩ رقم ٣٥٧٣) وانظر جامع الاصول : ١٠/٥٤٥ رقم ٧٦٣٣) ورواه ابن ماجة عنه في الاحكام (سنن : ٢/٧٧٦ رقم ٢٣١٥) ورواه الحاكم في الاحكام عنه وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه (المستدرك : ٤/٩٠) قال الذهبي : له شاهد صحيح (التلخيص على المستدرك ـ الموضع نفسه من المستدرك) ورواه الطبراني في الاوسط والكبير عن ابن عمر (مجمع الزوائد : ٤/١٩٣ ، وجمع الفوائد ٢/٦٨٢ رقم ٤٩٠٣) قال مخرجه : رواه أيضاً ابن ماجة والترمذي والنسائي والحاكم وصححه (اعذب الموارد : ٢/٦٨٢) وانظر بشأن الحديث : نيل الاوطار ٧/٢٧٤ ، سبل السلام : ٤/١١٦ ، نصب الراية : ٤/٦٥ ، الدراية : ٢/١٦٦ رقم ٨١٦ ، تلخيص الحبير : ٤/١٨٥ رقم ٢٠٨٢ ، سنن البيهقي : ١٠/١١٧ ، أخبار القضاة ١/١٣ ـ ١٤ ، جامع مسانيد الامام أبي حنيفة : ٢/٢٨٠ ، جامع بيان العلم : ٢/٧٠ ـ ٧١ ، الجامع الصغير : ٢/٨٩ وشرحه التيسير : ٢/٢٠٣ .

(18) ب : بسنة .

قال : « فان لم تجد »[١٩] ؟

قال : اجتهد رأيي ولا آلو[٢٠] .

فضرب صدره وقال :

« الحمد لله الذي وفق رسول رسوله[٢١] لما يرضيه »[٢٢] .

ومما ورد من السنة في الترغيب في القضاء قوله عليه السلام .

« ليوم واحد من امام عادل افضل أو خير من عبادة ستين سنة ، وحد بقام في أرض بحقه أزكى من مطر أربعين خريفا »[٢٣] .

---

(١٩) ب والمطبوعة : فان لم يكن . وفي س : فان لم تكن ، وما اثبتناه عن الاصل وعن جامع الاصول : ١٠/٥٥١ .

(٢٠) لا آلو : أي لا أقصر .

(٢١) س والمطبوعة : رسول رسول الله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(٢٢) حديث ان الرسول صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذا الى اليمن قال له : « كيف تقضى .. الخ » الخ رواه أبو داود في الاقضية (سنن : ٣/٣٠٣ رقم ٣٥٩٢) والترمذي في الاحكام (سنن ٢/٣٩٤ رقم ١٣٤٢) والدارمي في المقدمة (سنن : ١/٥٥ رقم ١٧٠) والامام أحمد (المسند : ١/٣٧ ، ٥/٢٣٠ ، ٢٣٦ ، ٢٤٢) وكلهم من طريق الحارث بن عمرو يرفعه الى معاذ (جامع الاصول : ١٠/٥٥١ رقم ٧٦٥١) ، وانظر بشأن تخريجه : جمع الفوائد : ١/٦٨٥ رقم ٤٩٢٣ ، تلخيص الحبير ٤/١٨٢ رقم ٢٠٧٦ ، نصب الراية ٤/٦٣ ، وعلى اسناده كلام فيهما وانظر تخريج أحاديث أصول البزدوي ص ٥٥ من طبعة نور محمد ــ كراتشي .

(٢٣) حيث : « ليوم واحد من امام عادل افضل أو خير من عبادة ستين سنة .. » الخ ، قال الزيلعي : رواه اسحاق بن راهويه في مسنده ، والطبراني في الاوسط والكبير عن ابن عباس (نصب الراية ٤/٦٧) وقال ابن حجر : وفي الاموال لابي عبيد عن أبي هريرة رفعه : « العادل في رعيته يوما واحدا افضل من عبادة العابد في اهله مائة وخمسين سنة » (الدراية ٢/١٦٧ رقم ٨١٧) وانظر الاموال : ١٣ ، والمطالب العالية ٢/٢٣٢ رقم ٢١٠١ .

وقال عليه السلام :

« سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله ٠٠ » وذكر منهم اماما عادلا[٢٤] ٠

وقال عليه السلام :

« لا حسد الا في اثنتين : رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته بالحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فعلمها الناس وقضى بها بين الناس »[٢٥] ٠

وقال صلى الله عليه وسلم :

« ما من رجل يحكم الا وكل الله تعالى به ملكين يسددانه ويرشدانه

---

(٢٤) حديث « سبعة يظلهم الله في ظله ٠٠ » الخ رواه البخاري ومسلم والنسائي من حديث ابي هريرة (صحيح البخاري ــ الاذان ــ ٨٣/١ وفي الزكاة ١٧٠/١) وانظر صحيح مسلم ــ كتاب الزكاة ٧١٥/٢ رقم ١٠٣١ وانظر سنن النسائي في آداب القضاة ٢٢٢/٨ ــ ٢٢٣ ، ورواه الترمذي والامام مالك عن أبي سعيد أو عن أبي هريرة (الموطأ مع تنوير الحوالك ــ باب المتحابين : ٢٣٤/٢) وانظر سنن الترمذي ــ الزهد ٢٤/٤ ــ ٢٥ رقم ٢٥٠٠ ٠

(٢٥) حديث : « لا حسد الا في اثنتين ٠٠ » متفق عليه من حديث عبدالله ابن مسعود بلفظ « فهو يقضى بها ويعلمها » فانظر صحيح البخاري ــ العلم ١٦/١ ــ ١٧ ، وفي الزكاة ١٦٩/١ وفي الاحكام ١٥٨/٤ ، وفي الاعتصام ١٧٨/٤ ، ورواه مسلم في صلاة المسافرين (صحيح مسلم ٥٥٩/١ رقم ٨١٦) ورواه ابن ماجة في الزهد (السنن ١٤٠٧/٢ رقم ٤٢٠٨) ورواه البيهقي في آداب القاضي (السنن الكبرى ٨٨/١٠) وللحديث الفاظ وروايات أخرى عن أبي هريرة وعبدالله بن عمر فانظر صحيح البخاري ــ التمني ١٦٩/٤ ، والتوحيد ٢٠٥/٤ ، وصحيح مسلم : صلاة المسافرين ٥٥٨/١ رقم ٨١٥ ومسند الامام أحمد (٩/٢ ، ٣٦) وسنن ابن ماجة ١٤٠٨/٢ رقم ٤٢٠٩ وغير ذلك ٠

ويوفقانه ، فان جار[٢٦] تركاه وعرجا الى السماء »[٢٧] .

وقال ابن مسعود :

لأن اجلس قاضيا[٢٨] بين الناس بحق واجب احب اليّ من عبادة سبعين سنة[٢٩] .

فهذه سنن وآثار دلّت على الترغيب في القضاء .

[٦] وقد ورد[٣٠] في السنّة ما يستحث على الزهد فيه ، والرغبة عنه :

روى[٣١] عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [٣/أ] انه قال :

« من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين » .

وفي رواية :

---

(٢٦) س ب والمطبوعة : فان خان تركاه .

(٢٧) حديث : « ما من رجل يحكم الا وكل الله تعالى به ملكين يسددانه .. » الخ رواه البيهقي من حديث عبدالله بن عباس مرفوعا (السنن الكبرى : ٨٨/١٠) قال ابن حجر : واسناده ضعيف (تلخيص الحبير ١٨١/٤ رقم ٢٠٧٤) ورواه الطبراني في الكبير (مجمع الزوائد ١٩٤/٤) .

(٢٨) س ب والمطبوعة : لأن اجلس فاقضي بين الناس ..

(٢٩) قال ابن مسعود : « لأن اجلس قاضيا .. » رواه البيهقي في آداب القاضي بلفظ « لأن اقضى يوما واوافق فيه الحق والعدل احب الي من غزو سنة أو قال مائة يوم » ثم قال البيهقي : رفعه الحجاج بن ارطاة الى ابن مسعود منقطعا وانما يروى عن مسروق (السنن الكبرى ٨٩/١٠) .

(٣٠) س ب والمطبوعة : وقد ورد من السنة .

(٣١) س : وروى .

« من ولي القضاء »[32] .

قيل فيه[33] معنيان :

احدهما : انه بتوليته يصير كالمذبوح ، لانه يحتاج [الى][34] ان يميت شهواته ، و يكسر [نفسه][35] ويقهرها ويمنعها عن التبسّط[36] ومخالطة الناس .

وقيل : معناه انه وقع في امر عظيم يصعب عليه الوفاء بشروطه .

ومن العلماء من جعل هذا الحديث دالا على الترغيب في القضاء ،

---

(٣٢) حديث : « من جعل قاضيا – أو من ولي القضاء – فقد ذبح بغير سكين » رواه أبو داود بالروايتين من حديث ابي هريرة في كتاب الاقضية (سنن ٢٩٨/٣ – ٢٩٩ رقم ٣٥٧١ – ٣٥٧٢) ورواه الترمذي بهما عنه في الاحكام ، وقال : هذا حديث حسن غريب (سنن ٣٩٣/٢ رقم ١٣٤٠) وانظر جامع الاصول (٥٤٥/١٠ رقم ٧٦٣٢) ورواه ابن ماجة في الاحكام (سنن : ٧٧٤/٢ رقم ٢٣٠٨) والامام أحمد (المسند ٢٣٠/٢ ، ٣٦٥) والحاكم وصححه (المستدرك ٩١/٤) والدارقطني في الاقضية (السنن ٢٠٤/٤ رقم ٥ ، ٦) والبيهقي (السنن الكبرى ٩٦/١٠) ، والطبراني (المعجم الصغير ١٧٦/٢) وانظر جمع الفوائد من جامع الاصول ومجمع الزوائد وبهامشه أعذب الموارد (٦٨٢/٢ رقم ٤٩٠٢) وتلخيص الحبير (١٨٤/٤ رقم ٢٠٧٨) وسبل السلام (١١٦/٤) ونيل الاوطار (٢٦٩/٨) نصب الراية (٦٤/٤) الدراية (١٦٦/٢ رقم ٨١٦) وقد تكلم وكيع على اسناده كلاما مستفيضا (انظر اخبار القضاة ٧/١ – ١٣) .

(٣٣) س والمطبوعة : وقيل في جوابه معنيان وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(٣٤) الزيادة من س ب ، وفي س : لأنه يحتاج الى ان يميت بترك شهواته .

(٣٥) الزيادة من س ب وموضعها في الاصل بياض .

(٣٦) س : البسط .

زاعما انه[٣٧] يدل على اجر عظيم مقابل لما يعانيه من أمور القضاء ونصبه تشبيها له بالذبح بغير سكين ، وانه[٣٨] مبالغة في وصف المذبوح بأبلغ درجات الالم .

وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال :

« يأتي على القاضي يوم يودّ ان لم يقض بين اثنين في تمرة واحدة »[٣٩] .

وقد قال[٤٠] عليه السلام :

« ما من حاكم يحكم بين الناس الا وكّل به ملك آخذ بقفاه حتى يقف [به][٤١] على شفير جهنم فيرفع رأسه الى السماء ، فان امر ان

(٣٧) في الاصل : زاعما على انه ، والتصحيح من س ب .
(٣٨) ب : فانه .
(٣٩) لفظة (واحدة) سقطت من س ب ، وحديث : « يأتي على القاضي يوم يود .. الخ » رواه الامام أحمد من حديث عائشة بلفظ : « ليأتين على القاضي العدل يوم القيامة ساعة يتمنى انه لم يقض بين اثنين في تمرة قط » (المسند ٧٥/٦) ورواه ابن حبان من حديثها بلفظ « يدعى القاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض بين اثنين في عمره » (موارد الظمآن الى زوائد ابن حبان ٣٧٦/١ رقم ١٥٦٣) . قال في مجمع الزوائد : واسناده حسن ورواه الطبراني في الاوسط (مجمع الزوائد ١٩٢/٤) ورواه البيهقي (السنن الكبرى ٩٦/١٠) وانظر بشأن تخريجه : تلخيص الحبير ١٨٤/٤ رقم ٢٠٧٩ ، نصب الراية ٦٥/٤ ، الدراية ١٦٦/٢ ، ضمن الحديث رقم ٨١٦ ، سبل السلام ١٢٣/٤ رقم ١٢ ، نيل الاوطار ٢٦٩/٨ ـ ٢٧٠ ، أخبار القضاة ٢٠/١ ـ ٢١ .
(٤٠) ب والمطبوعة : وقال .
(٤١) الزيادة من س ب ومن كتب التخريج .

يقذفه قذفه[٤٢] فيهوى فيها أربعين خريفا »[٤٣] •

[٧] فهـذه الاحاديث [بجملتها][٤٤] بعضها مرغّب ، وبعضها مرهّب •

والمرغب منها محمول على الصالح للقضاء ، المطيق لحمل عبئه[٤٥] ، والقيام بواجبه •

والمرهب منها محمول على العاجز عنه •

وعلى ذلك يحمل دخول من دخل فيـه من العلماء ، وامتناع من امتنع عنه :

فقد تقلده بعد المصطفى صلوات الله عليه وسلامه الخلفاء الاربعة[٤٦] سادات الاسلام ، وقضوا بين الناس بالحق ، ودخولهم فيـه أقوى[٤٧] دليل على علو قدره ، ووفور اجره ، فان من بعدهم تبع لهم ، ووليه بعدهم ائمة المسلمين من أكابر التابعين وتابعيهم •

---

(٤٢) س : قدمه ، وقد سقطت هذه اللفظة من المطبوعة •

(٤٣) حديث : « ما من حاكم يحكم بين الناس الا وكل به ملك آخـذ بقفاه ••• الخ » رواه الامام أحمد عن عبدالله بن مسعود (المسند ٤٣٠/١) والدارقطني (السنن ٢٠٥/٥ رقم ٩) وابن ماجـة في الاحكام (سنن ٧٧٥/٢ رقـم ٢٣١١) والبيهقي (السنن الكبرى ٩٦/١٠ ـ ٩٧) ، والبزار في الاحكام (كشف الاستار عن زوائد البزار ١٢٣/٢ رقم ١١٣٥١) وانظر مجمع الزوائد ١٩٣/٤ ، وفيه مجالد بن سعيد ، وثقه النسائي وضعفه جماعة ، وانظر نيل الاوطار ٢٦٩/٨ •

(٤٤) الزيادة من س ب •

(٤٥) ب : عيبه •

(٤٦) في المطبوعة : الخلفاء الراشدون •

(٤٧) س : أول دليل ، ب اولى دليل •

[امتناعهم من الدخول في القضاء] ٠

(٨) ومن كره الدخول فيه من الائمة مع فضلهم وصلاحيتهم وصلاحهم ، فهو محمول على مبالغة في حفظ انفسهم ، وسلوك لطريق[٤٨] السلامة ، فان الامر فيه خطير[٤٩] على خطره ولعلهم رأوا من انفسهم ضعفا أو فتورا ، أو خافوا من الاشتغال به الاقلال من اورادهم[٥٠] ، ووظائفهم من العبادات ، وتحصيل العلوم ٠

وممن امتنع من تولية القضاء ، وكره الدخول فيه ، بعد ان طلب له ، امامنا الشافعي رضي الله عنه ٠

روى القاضي أبو الطيب الطبري[٥١] : ان المأمون كتب الى الشافعي يستدعيه ليوليه[٥٢] القضاء في الشرق والغرب فأبى ، ودعا[٥٣]

---

(٤٨) س : طريق ٠
(٤٩) في الاصل وفي ب : خطر والتصحيح من س ٠
(٥٠) س : الاخلال بأورادهم ٠
(٥١) القاضي أبو الطيب طاهر بن عبدالله بن طاهر بن عمر الطبري ، أحد فقهاء المذهب الشافعي ورفعائه المولود بآمل طبرستان سنة ٣٤٨هـ ٠ سمع بجرجان ونيسابور وبغداد من كبار الحفاظ ، تتلمذ على اعلام الفقهاء ، ولي القضاء بربع الكرخ ، حتى اشتهر عند العراقيين باسم القاضي ، في حين اطلق الخراسانيون لفظ القاضي على القاضي حسين شرح أبو الطيب مختصر المزني وصنف في الخلاف والاصول والجدل كتبا كثيرة ، توفي سنة ٤٥٠هـ انظر اخباره وشيئا من آرائه الفقهية في طبقات الشافعية ١٢/٥ رقم ٤٢٢ ، تاريخ بغداد ٣٥٨/٩ رقم ٤٩٢٦ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٤٧/٢/١ رقم ٢٧٢ ، وفيات الاعيان ٥١٢/٢ رقم ٣٠٧ ، طبقات ابن قاضي شهبة (مخطوط) الورقة ٣٤ ب ٠
(٥٢) س : لتولية ٠
(٥٣) ب : ودعي ٠

بالمزني(٥٤) في مرض موته ونهاه عن تولي القضاء [٣/ب]، واظهر له كتاب المأمون، وقال: اني لم اظهره لاحد غيرك(٥٥).

ومنهم سفيان الثوري، وابو حنيفة رضي الله عنهما.

روى القاضي أبو الطيب ان المنصور(٥٧) استدعاهما وشريكا(٥٨)،

---

(٥٤) المزني: هو ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني صاحب الشافعي وتلميذه، وصاحب المختصر المشهور بمختصر المزني، اثنى عليه الشافعي، وكان زاهدا ورعا عالما مجتهدا مناظرا غواصا على المعاني الدقيقة، صنف كتبا كثيرة منها الجامع الكبير والصغير والمنثور والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وكتاب الوثائق توفي سنة ٢٦٤هـ انظر ترجمته وأخباره في طبقات الشافعية الكبرى ٩٣/٢ رقم ٢٠، وفيات الاعيان ٢١٧/١ رقم ٩٣، طبقات الشيرازي ٧٩، الفهرست ٢١٢، الانساب ٥٢٧/أ، تهذيب الأسماء واللغات ٢٨٥/٢/١، بروكلمان: الاصل ١٨٠/١، الذيل ٢٠٥/١، فؤاد سزكين ٤٩٢، دائرة المعارف الاسلامية (بالانكليزية) ٨٥٤/٢، هامش آداب الشافعي ١٣٣ وفيه مصادر.

(٥٥) خبر ان المأمون كتب الى الشافعي يستدعيه لتولي القضاء انظره باختلاف يسير في كتاب مناقب الشافعي للبيهقي ١٥٤/١.

(٥٦) سفيان الثوري: هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد الكوفي المتوفى في الراجح سنة ١٦١هـ الامام الجامع لانواع المحاسن، وهو من تابعي التابعين وقد اتفقوا على وصفه بالبراعة في العلم بالحديث والفقه والورع والزهد، وأحواله مشهورة، انظر ترجمته في تاريخ بغداد ١٥١/٩ رقم ٤٧٦٣، تهذيب الاسماء واللغات ٢٢٢/١/١ رقم ٢١٥، طبقات الفقهاء للشيرازي ٦٥، حلية الاولياء ٣٥٦/٦، طبقات القراء لابن الجزري ٣٠٨/١، طبقات المفسرين للداوودي ١٨٦/١ رقم ١٨٦، طبقات الحفاظ للسيوطي ٨٨ رقم ١٨٠ وفيه مراجع، تذكرة الحفاظ ٢٠٣/١ رقم ١٩٨، هامش كتاب آداب الشافعي ٦٠، وفيه مراجع، الفهرست لابن النديم ٣٢٨، وذكر له ثلاثة كتب ورسالتين.

(٥٧) المنصور: هو الخليفة العباسي المعروف.

(٥٨) شريك: هو القاضي أبو عبدالله شريك بن عبدالله النخعي الكوفي،

[فهرب سفيان من الطريق ، واحضر ابا حنيفة وشريكا](٥٩) فعرض على ابي حنيفة القضاء فامتنع ، وقال انا لا اصلح له ، وعرض على شريك فاعتذر بعلل فازالها(٦٠) ، وقلده القضاء .

وروى أبو جعفر محمد بن جرير الطبري(٦١) في تاريخه الكبير(٦٢) وأبو نعيم الاصفهاني(٦٣) في حليته(٦٤) ، والخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي(٦٥) في تاريخ بغداد(٦٦) ان المنصور طلب ابا حنيفة للقضاء فابى ، فحلف المنصور ليفعلن ، وحلف أبو حنيفة انه لا يفعل ، فقال له الربيع(٦٧) : يحلف اميرالمؤمنين وتحلف أنت؟! ، فقال أميرالمؤمنين اقدرعلى

أحد الاعلام تولى القضاء بالكوفة أيام المهدي ، وكان عالما فقيها محدثا فطنا ذكيا فهما عادلا في قضائه مصيبا حاضر الجواب ، قال يحيى بن معين عنه انه صدوق ثقة الا أنه اذا خالف فغيره أحب الينا منه توفي سنة ١٧٠هـ ، انظر تاريخ بغداد ٩/٢٧٩ رقم ٤٨٣٨ ، تذكرة الحفاظ ١/٢٣٢ رقم ٢١٨ ، وفيات الاعيان ٢/٤٦٤ رقم ٢٩١ ، طبقات الحفاظ ٩٨ رقم ٢٠٧ .

(٥٩) الزيادة من س ب .
(٦٠) س ب والمطبوعة : فأزاحها .
(٦١) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المؤرخ المعروف المتوفى ٣١٠هـ .
(٦٢) تاريخ الطبري المسمى تاريخ الرسل والملوك (تحقيق محمد أبي الفضل ابراهيم ـ دار المعارف ط ٢ سنة ١٩٧٢ ، ج ٧ ص ٦١٩ .
(٦٣) أبو نعيم الاصفهاني الحافظ أحمد بن عبدالله المتوفى ٤٣٠هـ .
(٦٤) حلية الاولياء وطبقات الاصفياء (دار الكتاب العربي بيروت ط ٢ سنة ١٣٨٧/١٩٦٧) .
(٦٥) الحافظ أبو بكر البغدادي أحمد بن علي بن ثابت المعروف بالخطيب المتوفى ٤٦٣هـ .
(٦٦) تاريخ بغداد (مطبعة السعادة ١٩٣١) ج ١٣ ص ٣٢٨ .
(٦٧) الربيع : هو الربيع بن يونس بن أبي فروة كيسان (أبو الفضل) حاجب المنصور ومولاه ووزيره ، وكان متصفا بالحزم مهيبا محسنا في الادارة ، عاش الى خلافة المهدي ، ثم صرفه الهادي عن الوزارة ،

كفارة يمينه مني ، فحسبه [المنصور][68] اياما ثم احضره ، فقال له : يا أمير المؤمنين : أنا لا اصلح للقضاء ، فان كنت صادقا فلا اصلح ، وان كنت كاذبا فلا اصلح للكذب ، فردّه الى الحبس وضربه بالسياط ، فلم يقبل[69] ، فاطلقه .

هذه[70] هي الرواية الصحيحة .

وفي رواية : انـه لمـا تواعده[71] ان لم يل اجاب ، فولاه قضاء الرصافة التي بناها المنصور لابنه المهدي ، فقعد يومين لم يأته أحد ، فلما كان اليوم[73] الثالث حضـره رجـلان ، فادعى أحدهما على الآخـر درهمين وأربعة دوانق[74] ، فانكره ، فطلب يمينه ، فقال [له][75] : قل والله ، فشرع في اليمين ، فلما رأى اقدامه على اليمين ، دفع من ماله ذلك ، ثم مرض من بعد يومين ، ثم مات بعد ستة أيام .

واقره على دواوين الازمة ، فلم يزل عليها الى ان توفي سنة ١٦٩هـ انظر تاريخ بغداد ٨/٤١٤ ، وفيات الاعيان ٢/٢٩٤ رقم ٢٣٥ ، تهذيب تاريخ ابن عساكر ٥/٣٠٨ ، الوزراء والكتاب ١٢٥ ، البداية والنهاية ١٠/١٥٨ ، الاعلام (ط ٤) ٣/١٥ .

(٦٨) الزيادة من س ب .
(٦٩) ب والمطبوعة : فلم يل ، وما أثبتناه عن الاصل وعن س .
(٧٠) س : وهذه .
(٧١) س والمطبوعة : توعده ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .
(٧٢) س : فلم .
(٧٣) س : في اليوم ، وهو الموافق لما في تاريخ بغداد ١٣/٣٢٩ .
(٧٤) ب والمطبوع دوانيق ، وهو الموافق لما في تاريخ بغداد ١٣/٣٢٩ ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س .
(٧٥) الزيادة من س ب .

وروى الخطيب أبو بكر البغدادي[٧٦] : ان يزيد بن عمر[٧٧] بن هبيرة أراد أبا حنيفة على ولاية قضاء الكوفة فأبى ، فضربه مائة سوط وعشرة اسواط ، في كل يوم عشرة اسواط[٧٨] ، فلم يجبه ، فأطلقه ، ثم كلمه في ولاية بيت المال ، فأبى ، فضربه بالسياط ، ثم اطلقه .

وروى الخطيب أبو بكر[٧٩] : ان الشافعي رضى الله عنه ولي القضاء بنجران من بلاد اليمن يومين أو ثلاثة ، ثم حمل الى بغداد .

وهذه رواية ضعيفة جدا .

والصحيح ان أبا حنيفة والشافعي [٤/أ] رضي الله عنهما لم يليا القضاء البتة ، غير ان أصحاب أبي حنيفة ولوا القضاء ، فوليه أبو يوسف[٨٠] ، وهو اول من دعي بقاضي القضاة في الاسلام في ولاية موسى الهادي ، ثم

---

(٧٦) انظر تاريخ بغداد ١٣/٣٢٦ .

(٧٧) في الاصل وفي س ب والمطبوعة : عمرو ، وما أثبتناه عن كتب الترجمة وهو أبو خالد يزيد بن عمر بن هبيرة ، من بني فزارة ، أمير وقائد من قواد الامويين ، ولي قنسرين للوليد بن يزيد ، ثم جمعت له ولاية العراقين (البصرة والكوفه) في عهد مروان بن محمد ، كان خطيبا ، شجاعا ، قتله أبو جعفر المنصور في عهد أبي العباس السفاح سنة ١٣٢هـ انظر تاريخ الطبري ٧/٤٥٠ وما بعدها ، وفيات الاعيان ٦/٣١٣ رقم ٨١٨ ، المعارف ٣٦٩ ، تاريخ الاسلام للذهبي ٥/٣١٥ ، الاعلام (ط ٤) ٨/١٨٥ .

(٧٨) العبارة : (في كل يوم عشرة أسواط) سقطت من نسخة س .

(٧٩) لم أجد ذلك في ترجمة الشافعي من تاريخ بغداد (٢/٥٦ – ٧٣ رقم الترجمة ٤٥٤) وربما كان ذلك في الكتاب الذي وعد الخطيب بوضعه منفردا في سيرة الشافعي (انظر تاريخ بغداد ٢/٧٣) وقد روى هذا الخبر أبو بكر البيهقي في كتابه : مناقب الشافعي (تحقيق السيد أحمد صقر) ١/١٠٦ .

(٨٠) أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم تلميذ أبى حنيفة وهو معروف توفى ١٨٢هـ .

أقره الرشيد عليه • ثم ابنه يوسف[٨١] ، ثم محمد بن الحسن[٨٢] ، وما زال قضاة بغداد من أصحاب أبي حنيفة من ذلك الزمن[٨٣] وهلم جرا ، وكانت الرياسة لهم يومئذ ببغداد •

وكان اصحاب الشافعي رضي الله عنهم يكرهون الدخول فيه في قديم الزمان[٨٤] ، اقتفاء لاثر الشافعي فيه ، واقتداء به[٨٥] ، وكان ابو علي بن خيران[٨٦] صاحب ابي العباس بن سريج[٨٧] يعاتب ابا العباس

---

(٨١) يوسف بن ابي يوسف أقره هارون الرشيد بعد ابيه على قضاء الجانب الغربي ولم يزل على القضاء ببغداد الى وفاته ، وقد حدث شيئا يسيرا ، توفي سنة ١٩٢هـ ، انظر ترجمته في اخبار القضاة ١/٢٥٥ ، ٢٥٦ – ٢٥٧ ، ٢٨٢ ، ٣٢٦ ، الجواهر المضيه ٢/٢٢٤ – ٢٢٥ رقم ٧٣٠ ، تاريخ بغداد ١٤/٢٦٦ – ١٦٧ رقم ٧١٠٧ طبقات ابن سعد ج ٧ قسم ٢ ص ٧٨ – ٧٩ •

(٨٢) محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة وهو معروف توفي سنة ١٨٩هـ •

(٨٣) س : الزمان •

(٨٤) ب والمطبوعة : الزمن •

(٨٥) العبارة (واقتداء به) سقطت من نسخة س •

(٨٦) أبو علي بن خيران ، واسمه : الحسين بن صالح بن خيران ، الامام الجليل الزاهد الورع ، طلبوه للقضاء فامتنع ، فحبسوه مدة وصبر على امتناعه ، ثم اطلقوه ، كان من جلة الفقهاء الشافعية ، بل أحد أركان المذهب كما يقول السبكي ، توفي سنة ٣٢٠هـ ، انظر ترجمته في المجموع للنووي ١/٢١١ ، طبقات العبادي ٧ ، طبقات ابن قاضي شهبة ، الورقة ٣٧آ ، طبقات السبكي ٣/٢٧١ رقم ١٧٦ وفيات الاعيان ٢/١٣٣ رقم ١٨٢ ، تاريخ بغداد ٨/٥٣ رقم ٤١١٨ •

(٨٧) أبو العباس بن سريج : الامام المشهور ، واسمه أحمد بن عمر ، البغدادي شيخ الشافعية في عصره ، وعنه انتشر فقه الشافعي في الآفاق ، تولى قضاء شيراز ، وترك كثيرا من المصنفات ، توفي ببغداد سنة ٣٠٦هـ انظر ترجمته في طبقات العبادي ٦٢ ، طبقات السبكي

أبن سريح على توليه[٨٨] القضاء ، ويقول له[٨٩] : هذا الامر لم يكن في اصحابنا ، انما[٩٠] كان في أصحاب أبي حنيفة[٩١] •

وقال القاضي أبو الطيب :

طلب الوزير ابن الفرات[٩٢] للمقتدر بالله[٩٣] أبا علي بن خيران الشافعي ليوليه قضاء[٩٤] القضاة ببغداد فامتنع[٩٥] ، واختفى اياما ، فختمت

٢١/٣ ، رقم ٨٥ ، تاريخ بغداد ٢٨٧/٤ رقم ٢٠٤٤ ، طبقات الاسنوي ٢٠/٢ رقم ٥٩٣ ، طبقات الشيرازي ٨٩ ، وفيات الاعيان ٦٦/١ ، رقم ٢١ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٥٢/٢/١ ، المجموع شرح المهذب ٢١٢/١ طبقات ابن قاضي شهبة : الورقة ٧آ •

(٨٨) س : توليته •

(٨٩) لفظة (له) سقطت من نسخة ب ، واثباتها عن مصحح الاصل وعن نسخة س •

(٩٠) س : وانما وكذا في المطبوعة ، وهو الموافق لما في وفيات الاعيان ١٣٣/٢ ، وما أثبتناه عن الاصل وعن نسخة ب ، وعن طبقات السبكي ٢٧٢/٣ وطبقات الاسنوي ٤٦٣/١ وطبقات ابن هدايةالله ص ٥٦ •

(٩١) عتاب أبي علي بن خيران لابي العباس بن سريج تجده في كتب الترجمة التي مرت الاشارة اليها في احالات ترجمة ابن خيران •

(٩٢) ابن الفرات ، هو أبو الحسن علي بن محمد بن موسى بن الحسن بن الفرات ، تولى الوزارة للمقتدربالله ، وكان كاتبا قديرا ، قتل سنة ٣١٢هـ ، انظر أخباره في : صلة تاريخ الطبري لعريب (دار المعارف) ١٠٤ ، وفيات الاعيان ٤٢١/٣ رقم ٤٨٧ ، تكملة تاريخ الطبري لمحمد بن عبدالملك الهمذاني ٢٤٢ •

(٩٣) المقتدربالله هو جعفر بن المعتضد أحمد بن طلحة بن المتوكل بن المعتصم الخليفة العباسي •

(٩٤) في نسخة س وفي المطبوعة : ليوليه قاضي القضاة •

(٩٥) س : فامتنع منه •

حوانيته ليظهر ، فلم يفعل(٩٦) •

فهذا ما صار اليه الائمة قولا وفعلا في تقليد القضاء والامتناع منه •

[٩] ووراء هذا كله أمر لابد من التنبه له ، وهو(٩٧) انّا سنذكر أن شاء اللّه تعالى انقسام(٩٨) الناس في القضاء على اضرب ، من جملتها من يتعين عليه فرضا(٩٩) ، فهذا يحرم عليه الامتناع منه اذا طلب ، ويجب عليه الطلب •

ومن جملتها من هو فرض كفاية في حقـه ، فهـو مع من يسويه منعرضون للاثم ان امتنعوا كلهم ، على ما(١٠٠) سنبينه ونصفه بأنه فرض عليه مباشرته •

فهذان قسمان لا يسع من دخل فيهما الامتناع منه أصلا •

ومن جملتها من يستحب له الدخول فيه اذا طلب ، وهذا لا يقال في حقه ان الاولى له الترك ، لأن المندوب فعله خير من تركه بلا ارتياب •

ومن جملتها من يباح لـه ، فهذا قد يقال : ان(١٠١) الاولى لـه الامتناع •

---

(٩٦) خبر ان ابن الفرات طلب أبا علي بن خيران ليوليه المقتدر قضاء القضاة رواه السبكي في طبقاته ٢٧٢/٣ ، والخطيب في تاريخ بغداد في طبقاته (تحقيق عادل نويهض) ٥٦ •
في طبقاته (تحقيق عادل نويهض) ٥٦ •
(٩٧) س : وهو سنذكر •• (بحذف لفظة : انا) •
(٩٨) س : اقسام •
(٩٩) س : فرض •
(١٠٠) س : على ما سنصفه ونبينه •
(١٠١) س : ان الامتناع له اولى •

اما من يحرم عليه الدخول فيه أو يكره فالامتناع[١٠٢] خير لـه لا شك فيه ٠

وسنكشف حقيقة هـذه الاضرب ان شـاء الله تعـالى عقيب هـذا الفصل[١٠٣] ، في فصل نعقده في صفة القاضي وما يعتبر[١٠٤] فيه من الشروط ٠

* * *

(١٠٢) س : فلا شك ان الامتناع ٠

(١٠٣) س : عقيب هذا الفصل نعقبه في صفة القضاء ٠

(١٠٤) ب والمطبوعة : وما يتعين ٠ وما اثبتناه عن الاصل وعن نسخة س وعن الفصل الثاني الذي سيأتي حالا بعد هذه العبارة ٠

الفصل الثاني[1] [٤/ب]

في

صفة القاضي وما يعتبر فيه من الشروط

[١٠] شرائط[2] القضاء عشرة :

الاسلام ، والحرية ، والذكورة ، والتكليف ، والعدالة ، والبصر ، والسمع ، والنطق ، والكتابة[3] ، والعلم بالاحكام الشرعية[4] .

[١١] واحترزنا[5] بالاسلام والحرية والذكورة والتكليف عن الكافر والعبد والمرأة والصبي ، فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء ، وان ولوا لم تنعقد ولايتهم ، ولا أحكامهم .

[١٢] والمكاتب في معنى العبد [وكذا المدبّر ، وحر البعض والخنثى][6] ، والمجنون في معنى الصبي .

---

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠٥آ من نسخة ظ ، وفي الصفحة ١٥٨ من نسخة ق ، وقد ورد فيهما العنوان : فصل من صفات القاضي .

(٢) ق ظ : الشروط المعتبرة في القاضي عشرة .

(٣) ورد في حاشية الاصل تعليقا على كلمة (الكتابة) قوله : (الاصح ان القاضي يجوز ان يكون اميا ، أو هذه تصحيفة ، فان الكفاية شرط كما في المنهاج وغيره ، لكن ذلك وجه ضعيف اعني الكتابة ، لكن كلامه بعد صريح في عدم التصحيف) .

(٤) العبارة في ق ظ : (والعلم بالاحكام الشرعية والاصح جواز تولية من لا يحسن الكتابة قال ابن أبي الدم : واحترزنا بالعدالة عن الفاسق) أي بزيادة جملة وحذف شيء من الكلام .

(٥) ب : احترزنا (بحذف الواو) وكذا في المطبوعة .

(٦) الزيادة من س ومن حاشية ب .

[١٣] واحترزنا بالعدالة عن الفاسق ، فلا تصح ولايته ، ولا ينفذ حكمه ، ولا يقبل قوله(٧) ، لانه لا تقبل شهادته ، فعدم قبول حكمه اولى ، فلو ولاه الامام أو نائبه أو ذو شوكة(٨) ، وحكم(٩) بين الناس على فسقه لم تنفذ أحكامه قطعا لا شك فيه ، لا نعرف فيه خلافا ، وبه قطع العراقيون والمراوزة ، الا ما حكاه(١٠) الشيخ أبو حامد الغزالي(١١) ، فانه قال(١٢): يعصي السلطان بتفويض القضاء الى الفاسق والجاهل ، ولكن بعد ان ولاه فلابد من تنفيذ أحكامه للضرورة .

هـذا كلامه ، ولا اعلم أحـدا نقله غيره مع تصفح شروح المذهب والمصنفات [فيه](١٣) .

ونحن اذا نفذنا حكم قاضي البغاة فلابد من ان يكون مع علمه متأولا في خروجه مع البغاة ، ولابد من تأويل حمل البغاة على بغيهم . هـذا لا خلاف فيه ، فكيف تنفذ أحكام قاضي أهل العدل مع فسقه وعلمه(١٤) بفسقه ، الفسق الذي لا تأويل فيه(١٥) .

---

(٧) س : ولا يقبل قوله ولا تقبل شهادته .
(٨) س ب والمطبوعة : ذو الشوكة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ ق .
(٩) س والمطبوعة : فحكم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ ق .
(١٠) س : خلافا للامام حكاه الشيخ أبو حامد ، أي بزيادة عبارة (خلافا للامام) واسقاط اداة الاستثناء والحرف (ما) وهي زيادة لم توجد في الاصل ولا في ب ظ ق .
(١١) الشيخ أبو حامد الغزالي محمد بن محمد بن محمد حجة الاسلام صاحب الاحياء والمستصفى والكتب النافعة ، وهو اشهر من ان يعرف توفي سنة ٥٠٥هـ .
(١٢) انظر قوله في الوجيز ٢/٢٣٧ .
(١٣) الزيادة من س ب ق ظ .
(١٤) ظ : وعلم .
(١٥) ورد في نسخة ظ ونسخة ق بعد هذا الكلام ما صورته : (وقوله اذا

[١٤] ثم اعلم ان الفسق المانع من توالية القضاء هو الفسق بارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التي(١٦) يعتقدها المكلف حراما ، ويرتكبها متبعا(١٧) شهوات نفسه •

اما ان فسق باعتقاد تعلق فيه بشبهة(١٨) اوجبت له تأويلا ، تأول به خلاف الحق ، ففي جواز تقليده القضاء وجهان حكاهما الماوردي(١٩) ،

لم تقبل شهادته فعدم قبول حكمه اولى ، هذا قد يعترض عليه بالامام الاعظم ، فانه يصح ان يكون وليا في النكاح ، ولا ينعقد النكاح بشهادته كما صرح به المتولي في التتمة ، وأيضا فاننا اذا نفذنا أحكام الامام الاعظم اذا كان فاسقا للضرورة ، نفذنا أحكام نوابه للضرورة ، والا لادى الى تعطيل الاحكام ، واذا نفذنا الاحكام للضرورة ثم زالت وحصلت دولة عادلة ، وامام عادل ، فالقياس نقض تلك الاحكام ، ويصير ذلك كالتيمم يبطل برؤية الماء ، وهذا صريح اطلاقه في التنبيه حيث قال : فان كان الذي قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها اخطأ فيها أو اصاب ، وعلى هذا فتعاد عقود الانكحة ، وما توقفت صحته على حكم الحاكم ، ولابد في الحاكم ان يكون مجتهدا ، لكن شرائط الاجتهاد يعز وجودها في زماننا ، بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق •• الخ) مما سيرد بعد قليل ، وقد وقعت هذه الزيادة في الورقة ١٠٥ ب من نسخة ظ وفي الصفحة ١٥٩ من نسخة ق ، والمراد من قوله (التنبيه) هو كتاب التنبيه في الفقه على مذهب الامام الشافعي لابي اسحاق الشيرازي ، وقد تصحف في المطبوعة الى ((البينة)) نقلا عن نسخة ظ التي ورد فيها بلفظ (البينة) وانظر عبارته في كتاب التنبيه (ط : مصطفى الحلبي ١٩٥١) ص ١٥٤ •

(١٦) في الاصل : الذي •

(١٧) في ب وفي المطبوعة : تتبعا ، وفي س : وتركبها شهوات نفسه •

(١٨) في الاصل : بشبهة أو له تأويلا (بسقوط الحروف الثلاثة الاخيرة من لفظة (اوجبت) وما اثبتناه عن س ب •

(١٩) الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي

ثم قال : فلو صحت ولاية الحاكم العدل ، ثم طرأ عليه الفسق[٢٠] بعد صحة ولايته ، ان طرأ فسقه بافعال يتبع بها شهواته بطلت ولايته ، وان طـرأ فسقه باعتقاد تأوله[٢١] هل تبطل ولايته ؟ فيـه وجهان اصحهما لا تبطل[٢٢] [٥/أ] •

ثم اختلف الاصحاب في القاضي اذا فسق ، هل ينعزل بنفس الفسق أم لابد من عزله من جهة الامام ؟

أحد اعلام الفقـه الشافعي البارزين ، كان حافظا للمذهب ، عظيم القدر متقدما عند السلطان ، لقب بلقب اقضى القضاة ، وهو أول من تلقب به ، وقام بدور السفارة بين الخليفة وملوك الاقاليم ، له المصنفات الكثيرة ، واشهرها كتاب الحاوي الكبير في فروع الفقه الشافعي الذي يشهد له بالعلم الواسع والفضل الكبير والاطلاع على المذهب ، ومن تآليفه الاحكام السلطانية وأدب الدنيا والدين وتفسير النكت والعيون وغير ذلك توفي سنة ٤٥٠هـ ، وقد ذكرنا مصادر ترجمته في مقدمة كتاب أدب القاضي (وهو قسم من كتاب الحاوي) الذي قمنا بتحقيقه وطبع منه جزءان ببغداد ١٩٧١ – ١٩٧٢) وفي ما ذكرناه تتمة لذلك في هامش مقالتنا في التعريف بكتاب (تسهيل النظر) للماوردي الذي حققناه ، وقد نشر ذلك التعريف في مجلة المجمع العلمي العراقي المجلد ٨ لسنة ١٩٧٧ ص ٢١١ وقد حكى الماوردي الوجهـين اللذين ذكرهما المؤلف في كتـاب أدب القاضي ٦٣٥/١ •

(٢٠) س : ثم طرأ عليه الفسق صحت ولايته •

(٢١) س ب : تأول به •

(٢٢) جاء في هامش نسخة ب ما نصه : وكذا لو اغمى عليه أو عمي أو صم أو ارتد أو أخذ الرشوة أو خرج عن اهلية الضبط والاجتهاد لغفلة أو نسيان • انتهى وكلام الماوردي تجده بلفظ مقارب في أدب القاضي ٦٣٦/١ •

فيه وجهان ، أصحهما ينعزل بمجرد فسقه[٢٣] ، ويحرم عليه والحالة هذه متى فسق ان ينصب نفسه للحكم[٢٤] ، ويحكم بين اثنين ، ويجب عليه رفع حاله[٢٥] السيئة الى ولي الامر ليولي على المسلمين عدلا غيره •

قال الاصحاب : فلو تاب وحسن[٢٦] حاله ، وقلنا ينعزل بنفس الفسق ، فهل[٢٧] يعود قاضيا من غير تولية ؟ فيه وجهان ، أصحهما عندي انه لا يعود •

وعلى هذا لو جنّ أو أغمي عليه هل ينعزل ؟ فيه وجهان ، فان قلنا ينعزل فمتى أفاق هل يعود قاضياً ؟ فيه وجهان ، أصحهما عندي أنه يعود[٢٨] •

[١٥] واحترزنا بالبصر عن العمى ، فلا يصح تقليده القضاء على المذهب الصحيح •

وحكى الجرجاني[٢٩] قولا قديما بعيدا انه يصح توليته ، وهو قول

---

(٢٣) ب : بمجرد فسقه ولم ينفذ حكمه أيضا ويحرم عليه •• وكذا في المطبوعة بزيادة جملة لم ترد في الاصل ولا في س •

(٢٤) س : للحكم بين الناس ويجب عليه ••

(٢٥) في هامش ب : (حال) •

(٢٦) ب والمطبوعة : وحسنت •

(٢٢) س ب والمطبوعة : هل •

(٢٨) جاء في هامش الاصل : الاصح ينعزل بالاغماء والجنون • وجاء في هامش نسخة ب : الاصح ان ولايته لا تعود الا بتولية جديدة ، انتهى ، وذلك نص عليه النووي في المنهاج انظر مغنى المحتاج ٤/٣٨١ ونهاية المحتاج ٨/٢٣٢ •

(٢٩) الجرجاني : الحافظ الحجة أبو نعيم عبدالملك بن محمد بن عدي الاستراباذي ، أحد أئمة المسلمين فقها وحديثا ، وذو الرحلة الواسعة ، مع الصدق والورع والتيقظ أخذ عن الربيع صاحب

غريب لم أر أحدا حكاه غيره[٣٠] ، ومثله لا يعد من المذهب .

[١٦] واحترزنا بالسمع[٣١] عن الاصم . فان كان بحيث لا يسمع اصلا[٣٢] تصح توليته ، وان كان بحيث يسمع لو اسمع صحت[٣٣] .

(١٧) واحترزنا بالنطق عن الاخرس الذي تفهم[٣٤] اشارته ، ففي صحة ولايته قولان حكاهما الشيخ أبو علي[٣٥] ، كالقولين في سماع شهادته .

الشافعي ، وتقدم في العلم حتى شدت اليه الرحال ، وخلف التصانيف النافعة في الفقه وغيره ، تلقاها الناس بالقبول توفي سنة ٣٢٣هـ انظر ترجمته وأخباره في طبقات الشيرازي ٨٥ ، تاريخ بغداد ٤٢٨/١٠ رقم ٥٥٨٦ ، طبقات العبادي ٥٥ ، تاريخ جرجان (ط : الهند) ص ٢٩٩ رقم ٤٦٦ ، وصفحة ٦٢١ رقم ١١١٨ ، تذكرة الحفاظ ٨١٦ رقم ٨٠٣ ، طبقات الاسنوي ٧٠/١ رقم ٤٩ ، طبقات السبكي ٣٣٥/٣ رقم ٢١٣ .

(٣٠) قوله (غيره) ليس في نسخة س .

(٣١) س : بالسميع .

(٣٢) ب والمطبوعة : لم تصح .

(٣٣) س : صح .

(٣٤) س : لا تفهم (وهو سهو) لأن الذي لا تفهم اشارته لا تصح ولايته .

(٣٥) الشيخ أبو علي : الحسين بن شعيب بن محمد السنجي الفقيه الشافعي ، أحد المتقنين المحققين ، وعالم خراسان ، وأول من جمع بين طريقتي العراق وخراسان تفقه بخراسان على أبي بكر القفال المروزي وببغداد على الشيخ أبي حامد ، صنف شرح المختصر ، وهو الذي يسميه امام الحرمين : المذهب الكبير ، وشرح تلخيص ابن القاص ، وشرح فروع ابن الحداد ، توفي سنة ٤٣٠هـ وقيل نيف وثلاثين ، انظر تهذيب الاسماء واللغات ٢٦١/٢/١ معجم البلدان ١٦١/٣ ، طبقات ابن هداية الله (بغداد) ٤٨ و (بيروت) ١٤٢ ، طبقات الاسنوي ٣٨/٢ رقم ٦٠٢ ، طبقات السبكي ٣٤٤/٤ رقم رقم ٣٨٩ ، وفيات الاعيان ١٣٥/٢ رقم ١٨٤ .

وقطع البغوي[٣٦] بعدم الصحة[٣٧] .

[١٨] واحترزنا بالكتابة عن الامّي ، وهو الذي لا يحسن الكتابة ، ففي صحة ولايته وجهان مشهوران[٣٨] .

[١٩] واحترزنا بالعلم بالاحكام الشرعية عن الجاهل بها ، فلا تصح توليته بلا خلاف[٣٩] .

وشرط صحة تولية القضاء على مذهب امامنا رضي الله عنه ضم[٤٠] الاجتهاد المطلق وهو ان يكون عالما بالكتاب والسنة والاجماع والقياس وأقاويل الناس ولغات العرب[٤١] .

فعلمه بالكتاب[٤٢] العزيز : هو ان يعلم الآيات المتعلقة بالاحكام ،

---

(٣٦) البغوي : الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي محيى السنة ركن الدين أبو محمد المفسر والمحدث والفقيه ، كان دينا ورعا قانعا ، تفقه على القاضي حسين وحدث عنه ، وله من التصانيف معالم التنزيل في التفسير ، شرح السنة ، المصابيح ، التهذيب ، الجمع بين الصحيحين ، الفتاوى ، وغير ذلك توفي سنة ٥١٦هـ وقيل ٥١٠ ، انظر تذكرة الحفاظ ١٢٥٧/٤ رقم ١٠٦٢ ، طبقات المفسرين للداوودي ، ١٥٧/١ رقم ١٥٤ ، طبقات المفسرين للسيوطي ١٢ رقم ٣٥ ، طبقات السبكي ٧٥/٧ رقم ٧٦٧ ، طبقات الاسنوي ٢٠٥/١ رقم ١٧٧ ، وفيات الاعيان ١٣٦/٢ رقم ١٨٥ .

(٣٧) انظر بشأن هذه المسألة أدب القاضي للماوردي ٦٢٤/١ ، مغني المحتاج ٣٧٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٢٦/٨ ، المهذب ٢٩١/٢ ، الروضة ٩٧/١١ .

(٣٨) انظر بشأن ذلك الروضة ٩٧/١١ .

(٣٩) انظر هذه المسألة في أدب القاضي للماوردي ٦٣٧/١ .

(٤٠) لفظة (ضم) سقطت من ب س والمطبوعة .

(٤١) س ب والمطبوعة : ولسان العرب .

(٤٢) ب : الكتاب .

و [يعرف][43] ناسخه ومنسوخه ، [وخاصه وعامه][44] ومطلقه ومقيده ، ومحكمه[45] ومجمله ، ومبينه ومفصله ٠

وان يعلم من السنة ما يتعلق بالاحكام ، وناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومفصله ، والمتواتر منه والآحاد [والمستفيض][46] والمرسل ، والمسند[47] والمنقطع والمتصل ، وحال الرواة ، وجرحهم وتعديلهم ٠ [٥/ب]

ويعلم الاجماع ومسائله ، والاختلاف الواقع بين أهله ٠ ويكون عالما بالقياس وطرقه ، واصله وفروعه[48] ، وشروطه ، وما يفسد به ، ويكون متمكنا من استنباط الاحكام ودركها واستخراجها من اصولها ، عارفا بطريق[49] النظر ، خبيرا بالادلة ، ومعانيها ، وطرقها ، ومبانيها ، ونظمها ، ووضعها ، وانواع الاقيسة ، وما يعتبر فيها ، ويكون عارفا بلسان العرب كالامر والنهي ، والخبر والاستخبار ، والوعد والوعيد ، والنداء واقسام الاسماء والافعال والحروف وما لابد منه في فهم معاني كلام الله تعالى من الكتاب العزيز ، وفهم ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم بلغة العرب من ألفاظه ٠

---

(٤٣) الزيادة من س ب ٠
(٤٤) الزيادة من س ب ٠
(٤٥) س ب : ومجمله ومحكمه ٠
(٤٦) الزيادة من س ب ٠
(٤٧) قوله (والمسند) ليس في س ٠
(٤٨) س والمطبوعة : وفرعه وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ، وقد سقطت هذه الفقرة كلها من ظ ٠
(٤٩) ب والمطبوعة : بطرق ٠

[٢٠] اذا عرفت هذا فاعلم ان هذه الشروط[٥٠] يعز وجودها في زماننا هذا في شخص من العلماء ، بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد[٥١] مطلق ، هذا مع تدوين العلماء كتب التفسير والسنن والفقه والاقيسة والاصول والفروع ، والبحث عن أحوال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، والتنقيب عن سيرتهم ، حتى ملأ العلماء الماضون الارض من مصنفات صنفوها وابتدعوها ، وسهل على الفقيه المتأخر تناول ذلك وحفظه ودرك الأحكام منه ، ومعرفته بحفظ ما تعب عليه من تقدم ، ومع هذا فليس يوجد في صقع من الاصقاع مجتهد مطلق ، بل ولا مجتهد في مذهب امام واحد تعتبر اقواله وجوها[٥٢] مخرجة في مذهب امامه . وما[٥٣] ذاك عندي الا لان الله تعالى اعجز الخلائق في هذا ، وصرف هممهم عن[٥٤] دركه وبلوغه ، اعلاما منه جل جلاله عباده بتصرم الزمان وقرب الساعة ، وان ذلك من اشراطها ودلائلها وقد قال الشيخ أبو بكر القفال المروزي[٥٥] امام المراوزة وشيخهم رضي الله عنه :

---

(٥٠) ب والمطبوعة : الشرائط .
(٥١) في الاصل : من مجتهد بزيادة لفظة (من) وما أثبتناه عن س ب ق ظ .
(٥٢) في الاصل : وجها يخرجه وما اثبتناه عن ب ظ ق ، وقد سقطت هذه العبارة من س .
(٥٣) ب ق ظ والمطبوعة : ما ذاك (بسقوط الواو) .
(٥٤) س ب والمطبوعة : همتهم ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ق ظ .
(٥٥) أبو بكر القفال المروزي : عبدالله بن أحمد بن عبدالله الفقيه الشافعي المعروف بالقفال اذا اطلق تمييزا عن القفال الكبير (محمد بن علي بن اسماعيل) ابتدأ المروزي بطلب العلم على كبر بعد ان كان قد افنى شبيبته في عمل الاقفال ، فتفقه على الشيخ أبي زيد المروزي وتخرج به وروى عنه وعن جماعة بمرو وبخارى وبيكند وهراة ، وتقدم في العلم حتى كان وحيد زمانه فقها وحفظا وورعا وزهدا ، وله في مذهب

المسؤول قسمان : احدهما من جمع شرائط الاجتهاد ، فيقضي ويفتي باجتهاده وهذا لا يوجد •

والثاني : من ينتحل مذهب واحد من الائمة ، اما الشافعي أو أبي(٥٦) حنيفة رضي الله عنهما ، أو غيرهما [٦/أ] وعرف مذهب امامه ، وصار حاذقا فيه ، بحيث(٥٧) لا يشذ(٥٨) عنه شيء من اصول مذهبه ومنصوصاته ، فاذا سئل عن حادثه ان(٥٩) عرف لصاحبه نصا ، اجاب عليه ، وان لم تكن المساله منصوصة ، له ان يجتهد [فيها](٦٠) على مذهبه ، ويخرجها على اصول صاحبه ، ويفتي بما اداه اليه اجتهاده ، وهذا ايضا اعز من الكبريت الاحمر •

فاذا كان هذا قول الشيخ القفال مع جلالة قدره في العلم ، وكونه صاحب وجه في المذهب الشافعي ، ومقالة منقولة عنه(٦١) ، بل(٦٢) تلامذته

الامام الشافعي من الاثار ما ليس لغيره من أبناء عصره ، وتخاريجه كلها جيدة ، والزاماته لازمة ، وانتفع به الناس ، وتخرج عليه الشيوخ كالقاضي حسين ووالد امام الحرمين الجويني وغيرهم ، وكانت وفاته سنه ٤١٧هـ ، انظر : طبقات السبكي ٥/٥٣ رقم ٤٢٦ ، وفيات الاعيان ٣/٤٦ رقم ٣٢١ ، طبقات الاسنوي ٢/٢٦٨ رقم ٩١٨ ، طبقات العبادي ١٠٥ ، شذرات الذهب ٣/٢٠٧ ، طبقات ابن هدايةالله ٤٥ •

(٥٦) ب س ق ظ : ابو وما اثبتناه عن الاصل •

(٥٧) ب : فحيث •

(٥٨) س : لا يشك •

(٥٩) ق ظ : ان وجد •

(٦٠) الزيادة من ب س ق ظ •

(٦١) (ومقالة منقولة عنه) هذه العبارة سقطت من ق ظ •

(٦٢) في الاصل : بل عن تلامذته وما أثبتناه عن نسخة ب وهو الموافق لما في المطبوعة وقد سقطت الجملة من س ق ظ •

وغلمانه أصحاب وجوه في المذهب ، فكيف بعلماء عصرنا الذين لا يقربون من تلك الدرجة ؟ ومن جملة غلمانه والمنتمين اليه القاضي حسين المروروذي (٦٣) ، والشيخ ابو القاسم الفوراني (٦٤) ، والشيخ ابو محمد الجويني (٦٥) والد (٦٦) امام الحرمين ، والمسعودي (٦٧) ،

---

(٦٣) القاضي حسين المروروذي : هو أبو علي الحسين بن محمد بن احمد الفقيه الشافعي المعروف بالقاضي ، وهو المراد اذا اطلق لفظ القاضي عند الغزالي والجويني والخراسانيين ، كما في الوفيات ، وهو احد ائمة الفقه المتقنين ، احد الفقه بخراسان عن ابي بكر القفال المروزي وصنف في الاصول والفروع والخلاف ، ولم يزل يحكم ويدرس ويفتي ، اخذ عنه الفقه جماعة من الاعيان منهم أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي وغيره ، توفي سنة ٤٦٢هـ بمروروذ . انظر ترجمته في طبقات العبادي ١١٢ ، طبقات الاسنوي ١/٤٠٧ رقم ٣٦١ ، طبقات السبكي ٤/١٥٦ رقم ٣٦١ ، طبقات ابن هداية الله (ط : بغداد) ٥٧ ، و (ط : بيروت) ١٦٣ ، وفيات الاعيان ١/١١٤ رقم ١٨٢ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١٦٤ رقم ١١٥ .

(٦٤) الشيخ ابو القاسم الفوراني : عبدالرحمن بن محمد بن احمد بن فوران الفوراني بضم الفاء صاحب الابانة ، ومن اهل مرو ، كان حافظا للمذهب ، تتلمذ على ابي بكر القفال وروى عنه ، اخذ عنه جماعة منهم المتولي واثنى عليه في اوائل كتاب (التتمة) الذي وضعه كالتتمة للابانة ، لكن امام الحرمين انتقصه وحط عليه بلا حجة ، توفي الفوراني بمرو سنة ٤٦١هـ ، انظر طبقات الاسنوي ٢/٢٥٥ رقم ٨٧٠ ، طبقات السبكي ٥/١٠٩ رقم ٤٥٥ ، العبر ٢/٣٤٧ ، طبقات الفقهاء لابن الصلاح بتهذيب النووي الورقة ٨٦ .

(٦٥) الشيخ أبو محمد الجويني : والد أمام الحرمين واسمه عبدالله بن يوسف بن عبدالله بن يوسف بن محمد بن حيويه ، العالم الزاهد الملقب بركن الاسلام ، له المعرفة التامة بالفقه والاصول والنحو والتفسير والادب ، تفقه على جماعة من الفقهاء منهم أبو الطيب الصعلوكي والقفال المروزي ، وعاد الى نيسابور وقعد للتدريس

والصيدلاني(٦٨) ، والشيخ أبو علي السنجي(٦٩) ، وجماعة غيرهم ،

والفتوى ومجلس المناظرة توفي سنة ٤٥٨هـ انظر أخباره في طبقات الاسنوي ١/٣٣٨ رقم ٣٠٥ ، طبقات السبكي ٥/٧٣ رقم ٤٣٩ ، العبر ٣/١٨٨ ، وفيات الاعيان ٣/٤٧ رقم ١٣٢ .

(٦٦) في الاصل : وكذا امام الحرمين ، وما أثبتناه عن سائر الاصول . وامام الحرمين هو ضياءالدين أبو المعالي عبدالملك بن الشيخ ابي محمد الجويني المذكور ، أحد الفقهاء الكبار ، تتلمذ على ابيه وروى عنه ، واتفقوا على جلالة قدره ، وله نهاية المطلب في دراية المذهب والشامل في اصول الدين وغير ذلك توفي سنة ٤٧٨هـ انظر وفيات الاعيان ٣/١٦٧ رقم ٣٧٨ ، طبقات ابن هدايةالله (بيروت) ١٧٤ ، طبقات السبكي ٥/١٦٥ رقم ٤٧٥ ، تبيين كذب المفتري ٢٧٨ ، المنتظم ٩/١٨ ، العبر ٢/٢٩١ ، طبقات الاسنوي ١/٤٠٩ رقم ٣٦٧ .

(٦٧) المسعودي : الامام أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن مسعود بن أحمد ابن محمد بن مسعود المسعودي المروزي ، أحد أئمة أصحاب القفال المروزي ، كان اماما مبرزا زاهدا حافظا للمذهب ، شرح مختصر المزني ، توفي سنة نيف وعشرين وأربعمائة بمرو انظر ترجمته في وفيات الاعيان ٤/٢١٣ رقم ٥٨٥ ، طبقات السبكي ٤/١٧١ رقم ٣٢٩ ، الوافي بالوفيات ٣/٣٢١ ، طبقات الاسنوي ٢/٣٨٥ رقم ١٠٣٠ ، وهو فيه محمد بن عبدالملك بن مسعود ، وكذا في طبقات ابن هدايةالله ١٣٧ .

(٦٨) الصيدلاني : أبو بكر محمد بن داود بن محمد المروزي المعروف بالصيدلاني وبالداوودي ، تلميذ القفال المروزي ، كان اماما في الفقه والحديث وله مصنفات جليلة منها شرح مختصر المزني ، لم يذكروا تاريخ وفاته ، وقال محقق كتاب طبقات ابن هدايةالله انه توفي نحو سنة ٤٢٧هـ انظر ذلك فيه في الصفحة ١٥٣ وانظر عنه طبقات السبكي حـ ٤ ص ١٤٨ ، حـ ٥ ص ٣٦٤ الارقام ٣٢٢ ، ٥٦١ طبقات الاسنوي ٢/١٢٩ رقم ٧٢٥ ، وذكر استطرادا في الانساب في ترجمة حفيده أبي المظفر سليمان بن داود بن محمد (الانساب ٥/٢٩٧) .

(٦٩) الشيخ أبو علي السنجي : مرت ترجمته قبل قليل .

وبموت هؤلاء في خراسان وما قرب منها ، وموت أصحاب الشيخ أبي حامد الاسفرايني[(٧٠)] بالعراق[(٧١)] ، ومنهم المحاملي[(٧٢)] ، واقضى القضاة الماوردي[(٧٣)] والقاضي أبو الطيب الطبري[(٧٤)] وبقية[(٧٥)] هذه الطبقة انقطع الاجتهاد وتخريج الوجوه في مذهب الشافعي ، فلا يعد احد[(٧٦)] [من][(٧٧)] بعد هؤلاء صاحب وجه في المذهب ، ولا مقالة فيه ، وانما هم

---

(٧٠) الشيخ أبو حامد الاسفرايني ، أحمد بن محمد بن أحمد ، أحد الشيوخ المشهورين وذو الاصحاب الذين طبقوا الارض ، ولد سنة ٣٤٤هـ وقدم بغداد فدرس على ابن المرزبان ، فلما مات لزم الداركي ، وأقام ببغداد مشغولا بالعلم ، حتى صار فريد زمانه وانظرهم ، توفي سنة ٤٠٦هـ ، انظر تاريخ بغداد ٣٦٨/٤ رقم ٢٢٣٩ ، طبقات الاسنوي ٥٧/١ رقم ٣٨ ، طبقات السبكي ٦١/٤ رقم ٢٧٠ ، طبقات ابن قاضي شهبة الورقة ٣٣آ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢١٠/٢/١ ، المجموع شرح المهذب ٥٥١/١ ، العبر ٩٢/٣ ٠

(٧١) ظ : في العراق

(٧٢) المحاملي : أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل الضبي البغدادي ويعرف أيضا بابن المحاملي ، وكذلك آباؤه وأجداده يعرفون بالمحامليين وبأولاد المحاملي ، لأن بعض أجدادهم كان ببغداد يبيع المحامل التي يركب فيها في الاسفار ٠ تفقه أبو الحسن على الشيخ أبي حامد ، وبرع في الفقه ، وله التصانيف المشهورة ، كالمجموع والمقنع وغيرهما ، توفي سنة ٤١٥هـ ، انظر طبقات الاسنوي ٣٨١/٢ رقم ١٠٢٣ ، طبقات السبكي ٤٨/٤ رقم ٢٦٥ ، العبر ١١٩/٣ ، تاريخ بغداد ٣٧٢/٤ رقم ٢٢٤٥ ، طبقات ابن الصلاح ٣٥آ ، المنتظم ١٧/٨ ٠

(٧٣) افضى القضاة الماوردي مرت ترجمته ٠

(٧٤) القاضي أبو الطيب الطبري : مرت ترجمته ٠

(٧٥) س : وبفناء ٠

(٧٦) س : ولا واحد ٠

(٧٧) الزيادة من الاصول : س ب ظ ق ٠

نقلة للمذهب ، وحفظة لكتب مشايخهم ، وناقلون مذاهبهم ووجوههم ، ويقع التفاوت بينهم بكثرة النقل وجودة الحفظ والضبط ، وصفاء الذهن ، وحدة الخاطر ، وزكانة(٧٨) النظر ، وصحة الفكر، فصارت الطبقة المتأخرة بالنسبة الى مشايخهم ذوى(٧٩) الوجوه في المذهب كمشايخهم بالنسبة الى من تقدمهم ، وقد روينا في كتبنا المصنفة في طبقات العلماء(٨٠) ان الحنفية كانوا يقولون في زمن الشيخ أبي حامد الاسفرايني : انه افقه وانظر من الشافعي ، مع عظمة الشيخ أبي حامد عندهم ، فانهم كانوا والشافعية وبقية الطوائف مجتمعين على تقديمه وتفضيله ، فلما سمع الشيخ أبو حامد ذلك بكى ، وقال : ابن نحن من تلك الطبقة ؟ [٦/ب] ما(٨١) نحن وهم الا كما قال الشاعر :

نزلوا بمكة في قبائل نوفل   ونزلت بالبطحاء ابعد منزل(٨٢)

وكان اذا جرى ذكر ابي العباس بن سريج وعلمه يقول : نحن نجرى مع أبي العباس في ظواهر الفقه ، فاما في بواطنه فلا نجرى معه ، وهذا انصاف مستحسن من العلماء في تقديم(٨٣) من تقدم على من تأخر(٨٤) .

---

(٧٨) الزكانة والزكن الذكاء الحاد ، وقد وردت في ب والمطبوعة بلفظ : وركانة ، وفي ظ ق : وذكاوة النظر ، وقد سقطت هذه العبارة من نسخة س .

(٧٩) س : دون الوجوه ، وقد سقط هذا السطر من ظ ق .

(٨٠) س والمطبوعة : طبقات الفقهاء .

(٨١) س : وما نحن .

(٨٢) انظر هذه القصة في وفيات الاعيان ١/٧٣ ضمن ترجمته رقم ٢٦ ، طبقات السبكي ١/٦٤ ، طبقات الشيرازي ١٠٣ وفيها (ونزلت بالبيداء) .

(٨٣) في الاصل : في تقدم وما أثبتناه عن س ب ظ ق .

(٨٤) انتقلت نسختا توقيف الحكام (ظ ، ق) بعد هذا الكلام مباشرة الى قوله : (واذا لم يوجد هؤلاء في هذا الزمان فلابد من جزم القول

عدنا الى ما نحن بصدده[٨٥] ووضعه . وقال الاصحاب : المجتهد في مذهب واحد هل له ان يقضي ويفتي[٨٦] ؟ فيه وجهان .

[٢١] والذي أراه بعد هذا كله ان الاجتهاد المطلق والمقيد[٨٧] انما كان[٨٨] يشترط في الزمن الاول الذي ما يعرى فيه كل اقليم عن جماعة من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى ، فاما في زماننا هذا ، و [قد][٨٩] خلت الدنيا منهم ، وشغر الزمان عنهم ، فلابد من جزم[٩٠] القول ، والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة ، وهو ان يكون عارفا بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقواله المخرجة ، وأقاويل أصحابه[٩١] عالما بذلك ، جيد الذهن ، سليم الفطرة[٩٢] ، صحيح الفكر[٩٣] ، حافظا للمذهب ، وصوابه[٩٤] أكثر من خطئه ، مستحضرا

بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة .. الخ)
وهو الذي سيرد بعد قليل .

(٨٥) س ب والمطبوعة : بصدد وضعه .
(٨٦) س ب والمطبوعة : أو يفتي .
(٨٧) س ب والمطبوعة : أو المقيد .
(٨٨) س : انما كان في الزمن .
(٨٩) الزيادة من س ب .
(٩٠) س : حزم (بالحاء المهملة) .
(٩١) عبارة ق ظ : واذا لم يوجد هؤلاء في هذا الزمان فلابد من جزم القول بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة ، وهو ان يكون عارفا بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقواله المخرجة وأقاويل أصحابه ، واذا ولى الامام حاكما في بلدة ، وفيها من هو أفضل منه هل تنعقد ولاية المفضول ؟ فيه خلاف .. الخ وهو الذي سيرد في الفصل الثالث التالي .
(٩٢) س : سليم الفطنة ، وهو الذي ثبته محقق المطبوعة .
(٩٣) في المطبوعة : سليم الفطنة صحيح الفكر والفطرة .
(٩٤) ب والمطبوعة : صوابه (بسقوط الواو) .

لمـا قاله[٩٥] ائمتـه ، قادرا على استخراج المعاني المفهومة من الالفاظ المنقولة ، عارفا بطرق النظر ، وترجيح الادلة ، قياسا ، فهما ، فطنا ، قادرا على معرفة الادلة ، ووضعها ، وترتيبها ، واقامتها على الاحكام المختلف فيها ، متمكنا من ترجيح الادلة ، بعضها على بعض •

فالمتصف[٩٦] بهذه الصفات هو الذي تصح توليته القضاء في زماننا هذا ، ولا أقل من ذلك •

ويجب القطع بنفوذ أحكامه ، وصحة تقليده ، وقبول فتواه ، في هذا الزمن الذي يعز[٩٧] فيه وجود مثل من هذه صفته •

[٢٢] ثم ينبغي ان يضم الى ما ذكرنا[٩٨] من الشروط وفاقا وخلافا الكفاية[٩٩] اللائقـة بالقضاء ، وهي عبارة عن التمييز[١٠٠] والاستقلال بالامر ، ومواتاة[١٠١] النفس على الجد فيما[١٠٢] هو بصدده ، وهذا يضاهي من صفات الامام النجدة[١٠٣] •

[٢٣] وذكر بعض الائمة استحباب صفات أخرى، ظاهر استحبابها [٧/أ]،

---

(٩٥) س : مستحضرا لمقالة ائمته •
(٩٦) س : والمتصف •
(٩٧) س : يعز وجود •
(٩٨) ب : ذكرناه •
(٩٩) س : الكتابة (وهو تصحيف) •
(١٠٠) ب والمطبوعة : التشمير •
(١٠١) في الاصل : (وهو اثبات) والتصحيح من س ب •
(١٠٢) ب والمطبوعة : الجد فيما اليه •
(١٠٣) في الاصل : وهذا أيضا هو من صفات الامام النجدة ، وفي س : وهذا أيضا هي من صلاة الامام النخوة ، وما أثبتناه عن ب وهـو المثبت في المطبوعة •

كسلامة اطرافه ، وبهجة صورته ، وزيادة ورعه ، وركانة تقواه ، وحسن الاحدوثة عنه[١٠٤] ، وخلوه عن الشبهات في الاعتقادات ، وتضلعه في علم الشروط والاقضية والحكومات ، فانها امر[١٠٥] وراء الفقه ، واستمداده من علم الادب [المانع][١٠٦] من اللحن [والسقط][١٠٧] واتصافه بكل[١٠٨] جميلة تزيده هيبة في النفوس وعظمة في القلوب ، وخلوه من[١٠٩] كل ما ينقص من قدره ومنزلته ، في أقواله وأفعاله ، وخلوته وجلوته[١١٠] .

[حكم تولي القضاء] .

[٢٤] اذا عرفت هذا ، فالرجل لا يخلو :

اما ان اجتمعت[١١١] فيه الشرائط[١١٢] التي لا تصح توليته القضاء الا بها .

أو لا

فان لم تجتمع فيه لم تصح توليته .

---

(١٠٤) لفظة (عنه) سقطت من س .
(١٠٥) في الاصل : (امور) وما اثبتناه عن س ب وعن السياق .
(١٠٦) الزيادة من س ب وقد سقطت من الاصل وجاء في هامشه قول مصححه : (لعله سليما) أي بدل كلمة (المانع) .
(١٠٧) الزيادة من هامش نسخة ب .
(١٠٨) س : بكل صفة جميلة .
(١٠٩) ب والمطبوعة : وخلوه عن كل .
(١١٠) س : في أقواله وأفعاله وتحصيله (بسقوط العبارة : وخلوته وجلوته) .
(١١١) س : تجتمع .
(١١٢) ب والمطبوعة : شرائط القضاء .

وان اتصف بها فلا يخلو[113] :

اما ان لا يوجد في البلد غيره ، فتتعين عليه توليته اذا طلب والحالة هذه ، ويجب على الامام ان يوليه ، فان امتنع من الاجابة اثم ، وهل للامام اجباره ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم •

وان[114] وجد في البلد غيره ، وهو مساو له ، فهو فرض كفاية[115] في حق كل واحد منهم • فاذا ولي سقط الفرض عن نفسه وعن الباقين ، وهو فرض عين على جميعهم ، على معنى انهم ان امتنعوا كلهم اثموا •

فلو امتنع واحد منهم هل يجبره الامام ؟

فيه وجهان مرتبان على المتعين عليه ، واولى ان[116] لا يجبره ، وهو الاصح من الوجهين[117] •

ووجه[118] الاجبار هو انّا لو قلنا : انه لا يجبر واحد[119] منهم تواكلوا ، وأدى الى امتناع الجميع •

وقال بعض المصنفين في المذهب : من يجب عليه تولية القضاء هو

(١١٣) ب : لم يخل •
(١١٤) س : فان •
(١١٥) س : على الكفاية •
(١١٦) ب والمطبوعة : بان •
(١١٧) ب والمطبوعة : وهو أصح الوجهين •
(١١٨) ب والمطبوعة : وتوجيه الاجبار : س : وتوجه الاجبار •
(١١٩) ب والمطبوعة : واحدا •

الرجل العالم الامين ، الذي ليس في البلد سواه ، ومن يستحب[120] له نوليته هو العالم الفقير ، أو الخامل الذكر ، فيستحب له ذلك ، لتجرى عليه كفايته من بيت المال ، وينشر[121] علمه بذلك ، وينتفع الناس به . ومن يستحب له تركه هو المكتفي[122] في معاشه ودنياه ، والوجيه[123] بين الناس في مرتبته[124] المنتشر علمه فالاولى له تركه ، لانه اسلم له . ومن يحرم عليه فعله هو الجاهل[125] [أو العالم][126] العاجز عن اقامة وظائفه ، أو الفاسق .

* * *

(١٢٠) ب والمطبوعة : استحب .
(١٢١) ب والمطبوعة : وينتشر ، س : وينشر علمه وينتفع الناس به وفي مرتبته .. بسقوط كلمة : بذلك وجملة : ومن يستحب له تركه .. الخ .
(١٢٢) ب والمطبوعة : المكفى وقد سقطت من س .
(١٢٣) ب والمطبوعة : الوجيه (بحذف الواو) وقد سقطت من س .
(١٢٤) س : وفي مرتبته .
(١٢٥) في الاصل : الخامل وما اثبتناه عن ب س .
(١٢٦) الزيادة من س ب .

الفصل الثالث

في كيفية[1] عقد القضاء

ونقدم عليه امورا

[٢٥] اولها :

ان القيام بالقضاء بين المسلمين ، والانتصار[2] للمظلومين[3] ، وقطع الخصومة الناشبة[4] بين المتخاصمين من أركان الدين ، وهو أهم الفروض المنعوتة [٧/أ] بالكفاية ، فاذا قام به الصالح له سقط الفرض به[5] عن الباقين ، وان[6] امتنع كل الصالحين له اثموا[7] ، وقد ذكرنا ذلك ، وذكرنا اجبار[8] المتعينين له والخلاف في اجبار[9] من لم يتعين له فيما اذا اجتمع صالحون له ٠

---

(١) س : في كيفية القضاء ، وقد وقع هذا الفصل في الورقة ١٠٧آ من نسخة ظ ، والصفحة ١٦٠ من نسخة ق ٠

(٢) ب : الانتصار (بسقوط الواو) ٠

(٣) في الاصل : للمظلوم ، وما اثبتناه عن ب س ٠

(٤) ب والمطبوعة : الناشئة ٠

(٥) ب والمطبوعة : فيه ٠

(٦) س : فان ٠

(٧) ب : حرجوا ٠

(٨) في الاصل : اختيار ، وفي ب والمطبوعة : اخبار ، وما اثبتناه عن س وفيها : اجبار المتعين ٠

(٩) في الاصل : اختيار ٠

[٢٦] وثانيها :

ان الامام اذا ولى حاكما في بلدة وفيها من هو افضل منه ، هل تنعقد ولاية المفضول ؟ فيه خلاف حكاه القاضي حسين وامام الحرمين •

قال(١٠) الامام(١١) : فيه خلاف بين الاصوليين • والاكثرون قالوا يجوز ، وهو المختار وفي معناه(١٢) الامامة •

وقال الماوردي : تنعقد(١٣) ولاية المفضول في القضاء(١٤) بخلاف الامامة على احد الرأيين •

[٢٧] وثالثها : في طلب القضاء :

قال الشيخ أبو نصر(١٥) :

---

(١٠) س : قال فيه خلاف •

(١١) الامام : هو امام الحرمين أبو المعالي عبدالملك بن عبدالله •• مرت ترجمته •

(١٢) س ق ظ : وان منعناه في الامامة ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(١٣) س : لا تنعقد (وهو سهو) وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ق ظ وعن أدب القاضي للماوردي ١/١٤٤ ، ٦٤٣ •

(١٤) انتقلت نسختنا ظ ق من هذه العبارة الى عبارة أخـرى ستأتي ، فكانت الجملة فيهما كالآتي : وقال الماوردي : تنعقد ولاية المفضول في القضاء ومن يجب عليه تولية القضاء يجب عليه طلبه وعلى الامام توليته •

(١٥) الشيخ ابو نصر : هو عبد السيد بن محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الصباغ الفقيه الشافعي ، كان فقيه العراقيين في وقته ، وكان يضاهي الشيخ أبا اسحاق الشيرازي ، وكانت الرحلة اليه ، صالحا تقيا حجة ، ومن مصنفاته كتاب الشامل ، وكتاب الكامل ، وغيرهما تولى التدريس بالمدرسة النظامية ، وكانت وفاته ببغداد سـنة ٤٧٧هـ بعد ان كف بصره في آخر عمره انظر المنتظم ١٢/٩ ، وفيات

قال بعض أصحابنا : يستحب له طلبه ، حتى يجوز له ان يبذل في مقابلته عوضا ، ومنهم من ابى ذلك ، ومن يجب عليه توليته[١٦] يجب عليه طلبه ، وعلى الامام توليته .

وقال امام الحرمين : متى فرض القيام بالقضاء على حقه كان في مرتبة الجهاد بل أفضل منه ، وموجب ما ذكرنا التعرض له وطلبه[١٧] ، ولكن يعارضه ان الاستمكان من مناصب الولايات يورط النفس الزكية في الورطات ، ويستخرج منها خبايا البليات[١٨] ، والنفس امارة بالسوء ، وطالبة للهوى[١٩] والشهوات ، وباعثة على التوريط[٢٠] في الشبهات ، وحاملة على الوقوع في الهلكات[٢١] ، فسلوك طريق السلامة اولى .

ثم قال القاضي حسين : اذا كان في الناحية من هو اصلح للقضاء ممن يطلبه فالطلب[٢٢] من الطالب حرام ، ويكره للامام توليته ، مع انه لو

الاعيان ٣/٢١٧ رقم ٣٩٩ ، طبقات السبكي ٥/١٢٢ رقم ٤٦٤ ، العبر ٣/٢٨٧ ، طبقات الاسنوي ٢/١٣٠ رقم ٧٢٦ ، النجوم الزاهرة ٥/١١٩ .

(١٦) ظ ق : توليه ، والعبارة في س : ومن يجب عليه طلبه عليه توليته وقال امام الحرمين ..

(١٧) ب : وموجب ما ذكرناه التعرض له وطلبه .. وكذا في المطبوعة ولكن المطبوعة اسقطت لفظة (له) من العبارة . وهذه العبارة باكملها سقطت من ق ظ .

(١٨) س : خبايا المتلفات .

(١٩) ب ظ ق : للهو .

(٢٠) ب والمطبوعة : والتورط .

(٢١) س : المهلكات .

(٢٢) ب : والطلب .

ولاه انعقد[٢٣] ، فان[٢٤] لم يكن في الناحية اصلح منه فلا يكره له الطلب ، بل يستحب له ان يتعرض ويطلب ، ولو[٢٥] لم يكن في الناحية من يصلح غيره افترض عليه ان يتعرض .

هذا كلام القاضي ونقله الامام عنه ، ثم قال :

قوله : اذا كان في الناحية من هو اصلح[٢٦] للقضاء ممن يطلبه ، فطلب الطالب[٢٧] حرام . قال الامام : هذا مع تصحيح نصب المفضول خطأ ، فانه اذا جاز النصب وصح[٢٨] ، فطلب الجائز الصحيح كيف يحرم ؟ فالوجه الاقتصار على كراهة الطلب[٢٩] من المفضول مع وجود الفاضل . [٨/أ]

[٢٨] ثم قال الامام :

والحق ان الامام اذا نصب واحدا من المتماثلين لم يكره له التقليد ، الا اذا كان يغلب [عليه][٣٠] استشعار الميل عن موافقته الشريعة ، فاذا

(٢٣) قوله : (مع انه لو ولاه انعقد) ليس في س .
(٢٤) س ظ ق : وان .
(٢٥) س : وان لم يكن .. وهذه العبارة سقطت من نسخة ق فقط .
(٢٦) س : من يصلح .
(٢٧) س : الطلب .
(٢٨) ظ : أو صح ، وهكذا اختاره محقق المطبوعة .
(٢٩) س : كراهية الطلب ، وقد زادت النسختان : ق ظ بعد هذه العبارة قوله : وما ذكره الامام ممنوع فقد يمنع الطلب وتستحب الاجابة كما في السؤال بوجه الله تبارك وتعالى فانه يكره السؤال به وتستحب اجابة السائل ، ثم قال بعد ذلك : ثم الطلب (كذا) ثلاثة أحوال .. وسيرد ذلك بعد قليل .
(٣٠) الزيادة من س ب .

كان كذلك وتمكن من الاعتذار عن الاجابة بعذر ، فالذي يقتضيه الدين الاجتناب ، فان الامر ، وان كان عظيم القدر ، بالغ الاجر ، فالخطر اعظم ، فان[٣١] لم يغلب استشعار المخالفة من نفسه ، وقلده الامام ندبا[٣٢] من غير طلب [منه][٣٣] ، فينبغي ان يتقلد جريا على قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : « ان اوتيتها[٣٤] من غير مسألة اعنت عليها »[٣٥] .

وذكر العراقيون وجهين في وجوب الاجابة عند تقليد الامام .

وهذا[٣٦] اذا كان تقليده جازما .

اما اذا كان على خيرة فلا وجوب .

ثم الوجهان فيه اذا لم يستشعر المخالفة[٣٧] من نفسه ، فان

---

(٣١) س ب : وان .

(٣٢) ب : بدءا . س : بداءة .

(٣٣) الزيادة من نسخة س .

(٣٤) س ب والمطبوعة : ان اديتها ، وهو تصحيف وما اثبتناه عن الاصل وعن كتب تخريج الحديث .

(٣٥) حديث : « ان اوتيتها من غير مسألة اعنت عليها » هو قطعة من حديث : « لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها (اعطيتها) عن مسألة وكلت اليها ، وان أوتيتها ، (اعطيتها) عن مسألة اعنت عليها » الذي رواه الجماعة عن عبدالرحمن بن سمرة فانظر صحيح البخاري كتاب الاحكام ١٥٨/٤ ، هداية الباري ٣٣٦/٢ ، صحيح مسلم — كتاب الايمان ١٢٧٣/٣ — ١٢٧٤ رقم ١٦٥٢ ، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١٦/١١ ، وسنن النسائي في كتاب آداب القضاة ٢٢٥/٨ ، سنن أبي داود — الامارة — ١٣٠/٣ رقم ٢٩٢٩ ، سنن الترمذي — النذور ٤٢/٣ رقم ١٥٦٨ ، سنن الدارمي النذور ١٨٦/٢ ، ومسند الامام أحمد ٦٢/٥ ، ٦٣ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠٠/١٠ .

(٣٦) س ب : وهذا فيه اذا كان .. بزيادة لفظة فيه وكذا في المطبوعة .

(٣٧) س : الخيانة من نفسه .

استشعرها فالحذار[٣٨] ما وجد اليه سبيلا ٠

[٢٩] هذا[٣٩] قولنا في النصب مع تساوى من يصلح ٠

اما الطلب[٤٠] : فللطالب ثلاثة أحوال :

الاولى[٤١] : ان يعلم من نفسه اغتلام شهواته ، فالكراهة شديدة في حقه[٤٢] ٠ فان قيل انتهى الامر في[٤٣] حقه الى التحريم ، قلنا ، ان طلب واضمر ما ذكرناه فيحرم عليه الطلب والحالة هذه ، وان طلب ولم يقصد الخيانة وقصد التوقي جهده فيكره ٠

الحالة الثانية[٤٤] : ان [لا][٤٥] يخشى[٤٦] من نفسه هيجا[٤٧] ، ولكنه لم يختبر نفسه قديما في مجاهدة[٤٨] الامور العظيمة ، فهو على

(٣٨) في المطبوعة : فالجداد ، وعلق عليها في الهامش بانها اما من جد او حد وقد جاء ذلك من كون الكلمة غير منقطة في ب ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ، وقد وردت فيهما غير منقطة ٠

(٣٩) لفظة (هذا) سقطت من نسخة س ٠

(٤٠) ظ : ثم الطلب ثلاثة أحوال ٠ وفي نسخة ق : ثم للطلب ثلاثة أحوال ٠

(٤١) ق ظ : احدها ٠

(٤٢) وردت في توقيف الحكام بنسختيه ق ظ زيادة بعد هذه العبارة هي قوله : (الا ان يقصد الخيانة فيحرم) وهي ليست موجودة في الاصل ولا في س ولا في ب ، وقد اثبتها محقق المطبوعة في المتن ، وهي زائدة يدل عليها السياق ٠

(٤٣) س : فيه الى التحريم ٠

(٤٤) ق ظ : الثاني ٠

(٤٥) الزيادة من ب س ٠

(٤٦) ب س : يحس ٠

(٤٧) س : شحا ٠

(٤٨) س ب : مخامرة ٠ ق : مخابرة ٠

خطر من امره ، فاذا اضمر التقوى وهو فقير يبتغي كفافا من رزق يدر عليه فلا يكره له الطلب ، وان كان له كفاف ، وهو على غرر من امره فتطلق الكراهة(٤٩) في حقه ، ولكنها لا تشتد •

الحالة الثالثة(٥٠) : ان يكون قد اختبر نفسه في عظائم الامور ، ولم يجد هيجا ، ولا مجاوزة حد ، فمن أصحابنا من قال : يكره له الطلب • والرأي عندنا نفي الكراهة في هذا المقام • ثم مهما نفينا الكراهة هل يستحب الطلب ؟ فيه وجهان : اقيسهما نعم(٥١) •

فان قيل(٥٢) : اذا اطلقتم التحذير ولم تخصصوه(٥٣) بشخص انكف الناس قاطبة عن هذا الامر المهم ، فانهم يتواكلون ، ويتخاذلون فيتعطل الامر ، قلنا : لامخافة [٨/ب] من هذا ، والمحذور التكالب على العمل والتزاحم(٥٤) عليه ، فان النفوس تستحث اربابها على طلب أسباب الاستعلاء ، فمن حكمة الشرع تغليب التحذير والجبلات(٥٥) تغالبه ، حتى يتوقع منه اعتدال في الاقدام •

(٣٠) فهذا منتهى الكلام في هذه الامور • والكلام بعده في كيفية عقد القضاء ، والنظر في مقدمة العقد ، ثم في صفته ، ثم في لزومه ، ثم

---

(٤٩) س : الكراهية •
(٥٠) ق ظ : الثالث •
(٥١) في ق ظ بعد هذا الكلام مباشرة قوله : ولابد في المولى ان يكون عارفا بتكامل شروط التولية في القضاء •• وسيرد هذا الكلام بعد قليل في موضوع النظر الاول من مقدمة العقد •
(٥٢) س ب والمطبوعة : قال فان قيل •
(٥٣) س : تخصوه •
(٥٤) ب : والازدحام •
(٥٥) س : والحالات •

في[56] كيفية التوليـة ، وتوافق الامام والقاضي في المذهب ، وتخصيص التولية ، والحكم بمذهبه أو مذهب الحاكم ، ثم في جواز استنابة القاضي نائبا في الحكم عنه ، ثم في تقليد قاضيين في بلد واحد ، ثم في اخذ القاضي الرزق على القضاء •

النظر الاول : في مقدمته

[تكامل الشروط في القاضي]

[٣١] وهو ان يكون المولي عارفا بتكامل شروط القضاء في القاضي ، فيكتفي بعلمه ، وان جهلها سأل عنه ، وان[57] استفاض الخبر بمعرفته كانت الاستفاضة اوكد من الشهادة فلم يحتج معها الى الاختبار ، وان لم يستفض جاز الاقتصار فيه على شهادة عدلين بتكامل[58] شروط القضاء فيه ، ثم يختبره المولي ، ليتحقق[59] باختباره صحة معرفته ، وهل يكون اختباره بعد الشهادة واجبا أو مستحبا ؟ فيه وجهان •

[متى يختبر القاضي]

[٣٢] فان[60] لم يشهد شاهدان بتكامل شروطه لزمه اختباره قبل تقليده في كل شرط معتبر •

---

(٥٦) العبارة (في لزومه ثم) سـقطت من متن نسـخة ب وثبتت على حاشيتها ، والعبارة (في كيفية عقد القضاء والنظر في مقدمة العقد ٠٠) الى هنا سقطت من س •

(٥٧) ب : سأل عنها فان استفاض ٠٠ وهو ما ثبته محقق المطبوعة •

(٥٨) ظ : لتكامل •

(٥٩) س : ليعلم ، ظ : لتحقق ، ق ليتحقق صحة معرفته •

(٦٠) ب والمطبوعة : فلو •

هذا ما ذكره الماوردي(٦١)

ولابد(٦٢) فيه من تفصيل :

اما عدالته ، فان كانت مشهورة ، والامام يعلمها ، فلا حاجة الى شهادة بذلك وان لم يكن مشهورا بها في هذا البلد ، ولا علمها(٦٣) الامام فلابد من شاهدين يشهدان بعدالته •

وكذلك ان جهلت حريته ، ولم يعلمها الامام فلابد من ثبوتها بالبينة(٦٤) •

وبقية الشروط تختبر بطرقها :

فبصره وسمعه محسوسان •

وكتابته تظهر بالامتحان •

واما علمه بالاحكام الشرعية فاختباره ان يجمع له الامام العلماء في مجلس ، ويناظروه بين يديه ، ويسألوه المسائل التي يظهر بها علمه •

النظر الثاني : في صفة العقد

[٣٣] وهو اللفظ في الحضور ، والمكاتبة في الغيبة •

ولا يجوز الاقتصار على المكاتبة [٩/أ] في الحضور(٦٥) •

---

(٦١) انظر أدب القاضي للماوردي ١/١٧٥ – ١٧٦ بتصرف قليل •

(٦٢) ق ظ : ولابد في عقد التولية من اللفظ ، ولا يجوز الاقتصار على المكاتبة ••• وهو كلام سيرد بعد قليل •

(٦٣) س والمطبوعة : ولا يعلمها ، وقد سقطت الفقرة كلها من ق ظ •

(٦٤) في المطبوعة : بالبنية وهو تصحيف طباعي •

(٦٥) العبارة في ظ ق : ولابد في عقد التولية من اللفظ ، ولا يجوز الاقتصار على المكاتبة في الحضور ، ويكفي ذلك في الغيبة ، ولفظ العقد ينقسم الى صريح وكناية •• الخ •

[٣٤] ولفظ العقد ينقسم الى صريح ، وكناية ، ومختلف فيه •

فالصريح :

قوله : قلدتك القضاء ، أو وليتك القضاء ، أو استخلفتك ، أو استنبتك(٦٦) •

والكناية :

قوله : اعتمدت عليك في القضاء ، أو عولت عليك ، أو عهدت اليك ، أو وكلت اليك ، فلا ينعقد بهذه الكنايات حتى يقرن بها لفظ(٦٧) يزول به الاحتمال ، كقوله : فاحكم ، أو فانظر ، أو فاقض •

والمختلف فيه :

قوله : فوضت اليك القضاء ، أو رددت اليك القضاء ، أو جعلت اليك ، واسندت(٦٨) اليك ، ففيها وجهان :

احدهما : انها صريحة في التقليد •

والثاني : انها كناية •

وهو الاصح

[٢٥] ثم لابد في التولية من ذكر البلد الذي يقلده القضاء فيه ، ومن صفة الحكم من عموم وخصوص • فان اطلق كان على العموم دون الخصوص في المنازعات دون العموم في الولايات(٦٩) •

---

(٦٦) ظ : انبتك •

(٦٧) س : حتى يقرن بها من اللفظ ما يزول به الاحتمال •

(٦٨) في الاصل (واستندت اليك) وما أثبتناه عن ب ق ظ وقد سقطت هذه العبارة من س •

(٦٩) قوله (دون العموم في الولايات) ليس في ق ظ •

[٣٦] وتمام العقد معتبر(٧٠) بقبول القاضي •

فان كان حاضرا فقبوله(٧١) بالقول على الفور ، فيقول : قبلت ، أو تقلدت •

وان كان غائبا جاز قبوله على التراخي •

فلو شرع في النظر قبل القبول ، هل يكون شروعه فيه قبولا ؟ فيه وجهان(٧٢) •

[٣٧] ثم لصحة قبوله شرطان :

[احدهما](٧٣) : علمه(٧٤) باستحقاقه(٧٥) تولية القضاء • فان لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله •

والثاني : علمه من نفسه استكمال(٧٦) الشرائط المعتبرة في القضاء ، فان علم عدم استكماله لها لم يصح قبوله ، وكان بالقبول مجروحا(٧٧) •

---

(٧٠) ق ظ : فيعتبر قبول •
(٧١) س ب ق ظ : فان كان حاضرا كان قبوله بالقول •
(٧٢) انظر الوجهين في أدب القاضي للماوردي ١/١٨٠ •
(٧٣) الزيادة من سائر النسخ •
(٧٤) ب والمطبوعة : علم المتولي باستحقاقه • وفي س : احدهما باستحقاقه ولاية القضاء ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ ق •
(٧٥) في الاصل : باستحلافه •• وان لم يعلم استحلافه •• وهو تصحيف وما اثبتناه عن سائر النسخ •
(٧٦) ب ظ ق : استكماله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س •
(٧٧) س : مجرحا • وقد انتقلت نسخة ق ونسخة ظ من هذا الموضوع الى موضوع عزل القاضي ، فجاء فيهما قوله : فرع قال الامام : للامام عزل القاضي اذا رابه منه امر •• وهو كلام سيأتي بعد قليل •

النظر الثالث : في لزوم العقد

[٣٨] قال الماوردي(٧٨) :

القضاء من العقود الجائزة في حق المولي والمولى دون اللازمة ، لأنه استنابة كالوكالة ، فلا(٧٩) يلزم في حق واحد منهما ، فللمولي(٨٠) ان يعزله متى شاء(٨١) ، والاولى ان لا يعزله الا لعذر(٨٢) [وللمولى عزل نفسه متى شاء ، والاولى له ان لا يعزل نفسه الا لعذر](٨٣) ، فان(٨٤) عزله المولي ولم يعلم(٨٥) ، فحكم قبل علمه هل ينفذ حكمه قبل العلم ؟ فيه وجهان • ومتى عزل الحاكم نفسه ، ثم حكم لم ينفذ حكمه ، اما اهل عمله فعليهم الطاعة له ، والتزام احكامه ، فان امتنعوا لعذر اوضحوه ، وان كان لغير عذر حوربوا(٨٦) • ثم علمهم بولاية الحاكم عليهم يختلف بقربهم وبعدهم • فان بعدوا ولم يشع عندهم [٩/ب] ، اشهد المولي عليه شاهدين ، فلو لم يشهد وورد القاضي عليهم ، واخبرهم بولايته ، فان لم يصدقوه لم

---

(٧٨) انظر أدب القاضي للماوردي ١/١٨١ ـ ١٨٣ وقابل ذلك بما في الاحكام السلطانية ٧٠ وقد سقط هذا الكلام من نسخة ق ظ •

(٧٩) س : ولا •

(٨٠) س : وللمولي •

(٨١) س : اذا شاء •

(٨٢) س : بعذر •

(٨٣) الزيادة من س ب •

(٨٤) ب والمطبوعة : فلو •

(٨٥) ب والمطبوعة : ولم يعلمه فحكم قبل العلم •

(٨٦) العبارة في أدب القاضي ١/١٨١ بلفظ (وان كان لغير عذر ارهبوا فان اقاموا على الامتناع حوربوا) •

يلزمهم قبول احكامه ، وان صدقوه[٨٧] هل تلزمهم طاعته ؟ فيه وجهان . هـذا اذا كان بلدا[٨٨] بعيدا . اما اذا كان قريبـا ، وشاع الخبر بينهم بولايته ، هل تكفي الاشاعة دون الشهادة ؟ فيه وجهان[٨٩] .

[٣٩] هذا ما ذكره الماوردي[٩٠] ، وهو كما قاله الا في جواز عزل القاضي من غير سبب ، وجعله القضاء عقدا جائزا كالوكالة ، فان الاصحاب ذكروا فيه تفصيلا وخلافا :

قال الامام :

للامام عزل القاضي اذا رابه [منه][٩١] امر ، ويكفي فيه غلبـة الظن بذلك ، فلو لم يظن غير الخير ، قال الاصحاب : ان عزله بأفضل منه نفذ ، وبمن[٩٢] هو دونه في الصلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب ، وبمثله فيه وجهان[٩٣] . قال الامام : واطلاق القول على هذا النسق غفلة فأقول : حق على الامام الا يصدر شيئا من أمور المسلمين الا عن رأي ثاقب[٩٤] ، ونظر في الصلاح ، فان عزل القاضي بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل ولا يجوز تقدير خلاف فيه ، وان فرض عزل مطلق فلا اعتراض عليه

---

(٨٧) العبارة (لم يلزمهم قبول احكامه وان صدقوه) ليست في س .

(٨٨) س والمطبوعة : البلد .

(٨٩) ورد في حاشية الاصل تعليق من الناسخ على هذه المسألة فقال : الاصح من الوجهين انه يكفي) .

(٩٠) ذكر ذلك الماوردي بتفصيل في أدب القاضي ١/١٨١ - ١٨٣ .

(٩١) الزيادة من حاشية الاصل ومن نسخة س ق ظ وقد سقطت من متن الاصل ومن ب .

(٩٢) ظ ق : او بمن .

(٩٣) في حاشية الاصل تعليق على هذين الوجهين وهو قوله : الاصح من الوجهين انه ينفذ .

(٩٤) ب : رأي ثابت .

مهما امكن تطرق امكان النظر[٩٥] ، ولا يجوز ان يكون فيه خلاف[٩٦] ، ولو عزله لا[٩٧] عن نظر ، هل ينفذ عزله ؟ فيه تردد لبعض المنتمين الى الاصول ، والذي اقطع به انه[٩٨] ينفذ عزله ، ولكن يتعرض[٩٩] صاحب الامر لخطر الاثم • ولو عزل القاضي نفسه انعزل •

فهذا تلخيص[١٠٠] ما ذكره الامام •

وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير :

اذا ولى الامام قاضيا ان لم يتعين عليه فعزله بمثله أو بمن هو أصلح منه ، قال الشيخ القفال : لا ينعزل ، لانه صار قاضيا من جهة الله تعالى ، وقال بعض شيوخنا : ينعزل • وعلى هذا لو اخبر الامام ان قاضي بلد كذا قد مات فولى غيره ، ثم بان كونه حيا ، لم ينعزل الاول عند القفال ، وعلى الوجه الثاني ينعزل[١٠١] •

وعلى هذا لو عزل القاضي نفسه ، ان تعين عليه لم ينعزل ، وان لم يتعين عليه هل ينعزل ؟ فيه وجهان اصحهما : نعم •

---

(٩٥) ب : امكان التطرق ، وهو الذي اختاره محقق المطبوعة •

(٩٦) في المطبوعة : ولا يجوز ان يكون خلاف (بسقوط كلمة : فيه) •

(٩٧) انطمست العبارة في الاصل فصارت تشبه ان تكون : ولو عزل بحق غيره نظر ، وما أثبتناه عن س ق ظ وقد سقطت لفظة (لا) من نسخة ب •

(٩٨) س : ان •

(٩٩) في الاصل وفي ب : ولكن يعترض عليه •

(١٠٠) ب : ملخص •

(١٠١) انظر مغنى المحتاج ٤/٣٨٣ •

النظر الرابع(١٠٢) : في توافق الامام والقاضي في المذهب وتخصيص الذهب

[٣٩] اجمع العلماء على انه لايشترط توافقهما في المذهب[١٠/أ]، بل ان كانا(١٠٣) مجتهدين على الاطلاق فالقاضي يحكم باجتهاده في المجتهدات ، سواء وافق اجتهاده اجتهاد الامام أو لا ، وان كانا مجتهدين على التقييد فيجوز للامام الشافعي ان يولي القضاء الحنفي ، وبالعكس .

(٤٠) وليس للامام ان يشترط على الحاكم الحكم بخلاف اعتقاده أو خلاف اجتهاده اذا جوزنا قضاء المجتهد المقيد .

فلو كان الامام شافعيا فشرط على نائبه الحنفي ان يحكم على مذهب الشافعي ، فيحكم في(١٠٤) ما اتفق عليه(١٠٥) الامامان وما اختلفا فيه لا يحكم فيه بشيء .

اما مذهب الشافعي فلأنه لا يعتقده .

واما مذهب أبي حنيفة فلانه لم يفوض اليه .

قال(١٠٦) الماوردي(١٠٧) :

---

(١٠٢) ب : النظر الثاني ، وجاء في ق ظ : فصل في توافق الامام والقاضي في المذهب اجمع العلماء ...

(١٠٣) ب : بل ان كان ، وفي س : بل ان كان مجتهدا ، وفي ق ظ : بل اذا كانا ..

(١٠٤) ق ظ : بما .

(١٠٥) س : اتفق عليه المذهبان .

(١٠٦) ب ق ظ : وقال ، وكذا في المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س .

(١٠٧) قول الماوردي تجده في كتاب أدب القاضي ١/١٨٥ .

اذا كان القاضي شافعيا فاداه اجتهاده الى مذهب أبي حنيفة في حادثة ، جاز له الحكم بها •

وقال بعض أصحابنا :

لا يجوز للمعتزى الى مذهب ان يحكم بغيره لتطرق التهمة اليه(١٠٨) •

فلو شرط الامام على القاضي في عقد التولية(١٠٩) ان لا يحكم الا بمذهب الشافعي مثلا أو بمذهب أبي حنيفة [فان كان عاما ، بان قال له : لا تحكم في جميع الاحكام الا بمذهب الشافعي مثلا ، أو بمذهب أبي حنيفة](١١٠) كان هذا الشرط باطلا ، سواء كان موافقا لمذهب الامام أو مخالفا له •

وهل يبطل عقد توليته(١١١) القضاء ؟

نظر : ان كان(١١٢) عدل عن لفظ الشرط ، واخرجه مخرج الامر ، كقوله : احكم بمذهب الشافعي ، أو مخرج النهي كقوله : لا تحكم(١١٣) بمذهب أبي حنيفة صح التقليد •

---

(١٠٨) لفظة (اليه) سقطت من س •
(١٠٩) ظ ب : في عقد تولية القضاء ، ق س : عقد توليته القضاء •
(١١٠) الزيادة من ب ظ ومن أدب القاضي للماوردي ١/١٨٦ ، وقد تكررت في نسخة ب مرتين وسقطت من س ق ومن الاصل •
(١١١) ب والمطبوعة : تولية القضاء •
(١١٢) في المطبوعة : ان كان قد عدل بزيادة لفظ (قد) وهذه الزيادة ليست موجودة في الاصل الذي اعتمده ولا في النسخ الاخرى •
(١١٣) في نسخة ظ : لا تحكم الا بمذهب أبي حنيفة •• أي بزيادة لفظة : الا وهذه الزيادة ليست موجودة في الاصل ولا في النسخ الاخرى •

وان جعله بلفظ الشرط في العقد ، كقوله : وليتك على ان تحكم بمذهب [الشافعي أو بأن لا تحكم بمذهب][114] أبي حنيفة بطل التقليد •

اما[115] اذا كان التقليد خاصا في حكم بعينه ، فان كان امرا كقوله : اقد[116] المسلم بالكافر والحر بالعبد ، كان هذا الشرط باطلا • فان تجرد التقليد عن هذا الشرط صح التقليد مع فساد الشرط ، فان قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد[117] •

وان كان نهيا نظر : ان نهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر : والحر بالعبد ، ولا يقضى[118] فيه بوجوب قود ، ولا باسقاطه ، فهذا شرط باطل ، وتقليد صحيح[119] ، فان لم ينهه عن الحكم فيه ، ونهاه عن القضاء بالقصاص ، فقد اختلف أصحابنا في هذا النهي هل يوجب صرفه عن النظر فيه ؟ [فيه][120] وجهان •

---

(114) الزيادة من ب وقد جاءت هذه العبارة في س بلفظ : بمذهب الشافعي أو على ان لا تحكم بمذهب أبي حنيفة ، وفي ظ ق : بمذهب الشافعي أو على ان لا تحكم الا بمذهب أبي حنيفة •

(115) ب والمطبوعة : اما ان •

(116) س ب ق ظ : والمطبوعة : اقد من المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد ، وما أثبتناه عن الاصل وعن أدب القاضي للماوردي ١٨٨/١ •

(117) العبارة (مع فساد الشرط فان قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد) ليست في ب •

(118) في الاصل : فلا يقضى وكذا في نسخة ق ، وفي نسخة ظ : الا يقضي ، وما اثبتناه عن ب س وعن أدب القاضي للماوردي ١٨٩/١ •

(119) ب س والمطبوعة : وان •

(120) الزيادة من سائر النسخ •

قلت[121] : وحكى القاضي أبو منصور[122] ، ابن اخي الشيخ ابي نصر بن الصباغ ، قال :

سألت قاضي القضاة الدامغاني[123] [١٠/ب] عما[124] اذا ولى القاضي

---

(١٢١) في الاصل : قلت وعن القاضي أبي منصور ، وما اثبتناه عن سائر النسخ .

(١٢٢) أبو منصور : أحمد بن محمد بن محمد بن عبدالواحد ، أبو منصور ابن الصباغ البغدادي ابن أخي الشيخ ابي نصر وزوج ابنته ، فقيه حافظ ثقة ، تفقه على القاضي ابي الطيب ، والحسن بن علي الجوهري ، وابى يعلى بن الفراء وغيرهم ، قال ابن النجار : كان فقيها فاضلا حافظا للمذهب متدينا يصوم الدهر ، ويكثر من الصلاة ، وكان ينوب عن القاضي ابي محمد بن الدامغاني في القضاء بربع الكرخ ، ثم ولي الحسبة بالجانب الغربي ببغداد ، وله مصنفات ومجموعات حسنة توفي سنة ٤٩٤هـ ، انظر ترجمته في طبقات الاسنوي ١٣٢/٢ رقم ٧٢٨ ، طبقات السبكي ٨٥/٤ رقم ٢٨٢ ، البداية والنهاية ١٦٠/١٢ ، المنتظم ١٢٥/٩ ، كشف الظنون ١٨١١ . معجم المؤلفين ١٥١/٢ .

(١٢٣) س : الافغاني (وهو تصحيف) وقاضي القضاة الدامغاني : هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبدالملك بن عبدالوهاب بن حمويه أبو عبدالله الدامغاني الكبير ، سكن بغداد ودرس بها فقه أبى حنيفة على ابي الحسين القدوري ، وعلى القاضي أبى عبدالله الصيمري ، وبرع في العلم وافتى ، وقبل قاضي القضاة أبو عبدالله ابن ماكولا شهادته ، ثم ولي قضاء القضاة بعد موت ابن ماكولا وذلك في ذي القعدة سنة ٤٤٧هـ وكان عفيفا ، وانتهت اليه الرياسة في مذهب العراقيين من الحنفية ، وكان وافر العقل كامل الفضل مكرما لاجل العلم عارفا بمقادير الناس سديد الرأي ، وجرت أموره في حكمه على السداد مدة ثلاثين عاما توفي سنة ٤٧٨هـ ، انظر تاريخ بغداد ١٠٩/٣ رقم ١١١٣ ، وفيه انه ولد سنة ٣٩٨ بدامغان ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٩٦/٢ رقم ٢٩٠ ، الفوائد البهية ١٨٢ ، العبر ٢٩٢/٣ ، معجم البلدان (صادر) ٤٣٣/٢ ،

الحنفي نائبا شافعيا ، وشرط عليه ان لا يحكم الا بمذهب ابي حنيفة ؟ هل يصح(١٢٥) قال : نعم ، فان قاضي القضاة [ابا خازم](١٢٦) ولى أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد على ان لا يقضى الا بمذهب ابي حنيفة فالتزمه •

النظر الخامس(١٢٧) : في استخلاف(١٢٨) القاضي نائبا عنه في الحكم

الاعلام (ط ٤) ٢٧٦/٦ ، معجم المؤلفين ٤٨/١١ وانظر :
Brock. G. 1 : 460, S. 1 : 637.

(١٢٤) في الاصل : عن ما وقد سقطت من ق •

(١٢٥) س : فقال •

(١٢٦) الزيادة من ب س ق ظ ، وقاضي القضاة أبو خازم (بالخاء المعجمة) خلافا لما أثبته محقق المطبوعة ، عن بعض كتب الترجمة ، والصواب ما اثبتناه بالخاء مصححا عن الاكمال لابن ماكولا وتبصير المنتبه ، وأبو خازم اسمه عبدالحميد بن عبدالعزيز القاضي الحنفي أصله من البصرة ، وسكن بغداد وحدث بها عن جماعة وكان ثقة ، وقد ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ والشرقية من بغداد ، وكان رجلا دينا ورعا عالما بمذهب أهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة ، وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات ، واحذق الناس بعمل المحاضر والسجلات والاقرارات ، توفي سنة ٢٩٢هـ وله عدة مؤلفات منها كتاب المحاضر والسجلات ، وكتاب أدب القاضي وكتاب الفرائض ، انظر ترجمته وأخباره في الفهرست ٣٠٦ ، أخبار القضاة لوكيع ١٩٨/٣ – ١٩٩ ، ٢٩٣ ، تاريخ بغداد ٦٢/١١ رقم ٥٧٤٣ ، العبر ٩٢/٢ – ٩٤ ، الفوائد البهية ٨٦ ، قضاة دمشق ٢٠ ، النجوم الزاهرة ١٥٨/٣ ، الشذرات ٢١٠/٢ ، الجواهر المضية ٢٩٦/١ رقم ٧٨٦ ، تاج التراجم ٣٣ رقم ٩٥ ، الاكمال ٢٨٦/٢ ، تبصير المنتبه بتحرير المشتبه ٣٨٧/١ •

(١٢٧) سقط هذا الموضوع باكمله من نسخة ظ ق ، وانتقل الكلام فيهما الى قوله (فرع : الحاكم اذا لم يتذكر الواقعة لم يبن على مجرد خطه •• الخ) •

(١٢٨) س ب والمطبوعة : النظر الخامس في استنابة القاضي نائبا •

[٤١] والمستنيب[١٢٩] لا يخلو : اما ان نهاه[١٣٠] [الامام][١٣١] عن الاستخلاف حالة عقد التولية ، أو اطلق :

ان نهاه لم يجز له الاستخلاف

وان اطلق ففيه[١٣٢] ثلاثة اوجه ، يفرق في الثالث بين ان تتسع خطة البلد أو لا[١٣٣] .

هذا اذا[١٣٤] نهاه مع عقد التولية .

فلو اطلق التولية ومضت مدة ثم نهاه عن الاستخلاف وقلنا ان له الاستخلاف عند الاطلاق يقتضي انه يمكن[١٣٥] من الاستخلاف ، فاذا اطلق التولية أولا فقد استحق ان يستخلف ، فاذا[١٣٦] نهاه بعد ذلك هل يجب عليه[١٣٧] الانتهاء ام لا ؟ .

هذا ينبغي ان ينبني على الخلاف السابق :

---

(١٢٩) في الاصل : فالمستنيب ، وما اثبتناه عن س ب .
(١٣٠) س : ان ينهاه .
(١٣١) الزيادة من س ب .
(١٣٢) ب : فيه وهو ما في المطبوعة .
(١٣٣) جاء في حاشية الاصل ما نصه : الاصح في حالة الاطلاق ان يستخلف فيما لا يقدر دون غيره .
(١٣٤) س والمطبوعة : هذا ان نهاه .
(١٣٥) ب والمطبوعة : يتمكن .
(١٣٦) في الاصل : واذا ، وما اثبتناه عن س ب .
(١٣٧) في الاصل : هل يجب عليه التزامها ، وما اثبتناه عن ب س .

فعلى رأي الماوردي[١٣٨] يجب عليه ان ينتهي ، ولا يجوز له ان يستخلف ، لأن عقد[١٣٩] القضـاء عقـد جائز[١٤٠] ينفذ عزل المولي مهما شاء .

وعلى رأي الشـيخ أبي علي وغـيره القـائلين بالتفصـيل الـذي ذكرناه[١٤١] عنهم في نفوذ العزل ، فيه نظر ، فمهما قلنا بنفوذ عزله فلا خفاء بوجوب الامتناع ، وعدم جواز الاستخلاف ، ومتى قلنا : لا ينفـذ عزله ، فاذا اطلق التولية ، ثم نهاه بعد فصل بينهما بزمن ، يعد [مثله][١٤٢] فصلا[١٤٣] في مثل ذلك ، فهل يجوز له ان يستخلف ، أو يجب عليه أن يمتنع ؟

هـذا فيـه نظر عنـدي ، وقاعـدة [الانابة][١٤٤] تقتضي[١٤٥] عندي[١٤٦] انه متى نهاه[١٤٧] ابتداء أو دواما لا يجوز له الاستخلاف ، ويجب عليه الامتناع .

---

(١٣٨) انظر أدب القاضي للماوردي ٢/٣٩٣ ، وقابل ذلك بما ذكره فيه في ١/١٨٠ .
(١٣٩) ب : لأن عنده القضاء .
(١٤٠) عبارة الماوردي : « لأنه ـ أي العقد ـ في حقهما من العقود الجائزة دون اللازمة لانها استنابة كالوكالة (أدب القاضي ١/١٨٠) .
(١٤١) انظر الفقرة ٣٨ من هذا الكتاب .
(١٤٢) الزيادة من ب وقد سقطت من س .
(١٤٣) العبارة المبتدئة بقوله : (ومتى قلنا لا ينفذ عزله ..) المنتهية هنا سقطت من س .
(١٤٤) الزيادة من س ، وفي ب : وقاعدة الايالة .
(١٤٥) ب : يقتضي .
(١٤٦) في الاصل : عنده ، وما اثبتناه عن ب س .
(١٤٧) س : بانه متى نهاه ابتداء امتنع ثم اعلم ان النائب ..

[اشتراط العلم في نائب القاضي]

[٤٢] ثم اعلم ان النائب للقاضي ان اذن له في الحكم بين الناس مطلقا ، فحكمه في اشتراط العلم ونفيه[١٤٧] حكم مستخلفه .

وان استنابه في أمور خاصة ، كسماع بينة على دين فقط ، أو في[١٤٩] سماع تزكية الشهود ، لم يشترط ان يكون عالما الا بما يليق بما فوض اليه .

وقال الامام[١٥٠] :

كان شيخي[١٥١] يقول : نائب القاضي في القرى اذا لم يفوض اليه امضاء الاحكام[١٥٢] ، بل فوض اليه سماع البينة ونقلها[١٥٣] ، فلا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد بل المعتبر في حقه العلم اللائق باحكام البينات . [١١/أ]

النظر السادس : في جواز تولية
قاضيين في بلد واحد

[٤٣] و هو جائز ان عيّن لكل واحد منهما عملا مستقلا من البلد ،

---

(١٤٨) في المطبوعة : وبقية الشروط حكم مستخلفه ، كذا بتغيير كلمة نفيه الى بقية وزيادة لفظه الشروط من هامش ب وما اثبتناه عن الاصل وعن س ومتن ب .

(١٤٩) ب : وفي سماع . س : أو سماع .

(١٥٠) الامام : هو امام الحرمين وقد مرت ترجمته .

(١٥١) قوله : كان شيخي ، هو والده ومرت ترجمته .

(١٥٢) في المطبوعة : لاحكام (بسقوط الالف) وهو خطأ مطبعي .

(١٥٣) في المطبوعة البنية (بتقديم النون على الياء) وهو خطأ مطبعي .

منفردا به ، كجانب مخصوص من جانبي بغداد ، أو محلة مخصوصة ، أو صقع[١٥٤] مخصوص ، فيختص كل واحد منهما بالموضع الذي فوض اليه ، فمتى خرج منه الى محلة فوضت الى غيره لم ينفذ حكمه فيها ، ويصير ذلك كبلدين فوّض[١٥٥] كل بلد منهما الى حاكم . وهكذا لو فوض الى واحد منهما الحكم[١٥٦] بين الرجال دون النساء وبالعكس ، تقيد[١٥٧] بما خص به ، ولا ينفذ حكمه اذا تعداه الى غيره .

اما ان قلد اثنين القضاء في بلد واحد ، كل منهما يقضي في جميع البلد بين جميع اهله ومن يرد اليه ، هل يجوز[١٥٨] له ذلك ؟ فيه خلاف مشهور ، واصحهما[١٥٩] الجواز والعمل عليه في الامصار[١٦٠] .

ثم اذا ولي[١٦١] القضاء اثنان في البلد على الشيوع في جميع البلد ، فاستحضر[١٦٢] الحاكمان : قال في البحر[١٦٣] :

---

(١٥٤) س : أو موضع .
(١٥٥) في الاصل : فوض واحد منهما الى حاكم . وهذه العبارة قد سقطت من نسخة س هي وما قبلها من كلام يبتدىء بقوله : (بالموضع الذي فوض اليه ..) .
(١٥٦) س : وهكذا لو فوض الى واحد منهما القضاء بين الرجال دون ..
(١٥٧) س : ينفذ بما خص به .
(١٥٨) س : هل يجوز ذلك .
(١٥٩) س : اصحهما (بسقوط الواو) .
(١٦٠) انظر أدب القاضي للماوردي ١/١٥٨ ، مغني المحتاج ٤/٣٨٠ .
(١٦١) س : ثم اذا ولي القاضيان .
(١٦٢) س ب والمطبوعة : فاستحضر الخصمان رجلا قال الشيخ أبو علي من سبق منهما وجب عليه الحضور اليه وان جاءا معا أقرع بينهما (بحذف جملة من الكلام) .
(١٦٣) البحر : وهو كتاب بحر المذهب في الفروع للشيخ الامام ابي المحاسن عبدالواحد بن اسماعيل الفقيه الشافعي قاضي طبرستان

يجاب الطالب منهما • فان استويا في الطلب ، كاختلافهما في ثمن بيع أو قسمة ملك اجيب الداعي الى اقربهما ، فان استويا في القرب فوجهان :

احدهما : القرعة •

والثاني : تخليتهما الى ان يتفقا(١٦٤) •

المعروف بالروياني المولود سنة ٤١٥هـ المتوفى مقتولا بيد الملاحدة بامل طبرستان سنه ٥٠٢هـ وله تصانيف كثيرة منها التنجيز والتهذيب في غريب الحديث وحقيقه القولين وحليه المؤمن في الفروع والعوالي في الحديث والكافي في الفروع •• وكتاب البحر بحر كاسمه كما يقول حاجي خليفه ، وهو كما ظهر لي من مقارنه نسخته المخطوطه الموجودة في دار الكتب المصريه برقم ١١ فقه شافعي عبارة عن كتاب الحاوي للماوردي مضافا اليه فتاوى الروياني وجده (ابي العباس احمد بن محمد بن احمد الروياني الطبري المتوفى ٤٥٠هـ) فانظر ترجمــه صاحب البحر واخباره في المنتظم ١٦٠/٦ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٧٧/٢/١ ، الوفيات ١٦٨/٢ رقم ٢٦٠ ، مراة الجنان ١٧١/٣ ، طبقات الشافعيه للسبكي ١٩٣/٧ رقــم ٦٠١ ، طبقات الاسنوي ٥١٥/١ رقــم ٥١٨ ، هــدية العارفين ٦٣٤/١ ، الشذرات ٤/٤ ، بروكمان ٣٩٠/١ والذيل ٦٧٢/١ ، معجم المؤلفين ٢٠٦/٦ ، كشــف الظنون ٢٢٦/١ ، مفتــاح السعادة ٣٥١/٢ ، فهرست الكتب العربية الموجودة بدار الكتب لغايه ١٦٢١ حـ ١ رقم ٢٢ فقه شافعي •

(١٦٤) ما قاله صاحب البحر يشبه ما قاله الماوردي وعبارته : فان اختصم خصمان وجذب كل واحد منهما خصمه الى احدهما عمل على قول الطالب منهما دون المطلوب وحاكمه الى من أراده منهما ، لان حكم كل واحد من القاضيين نافذ عليهما بخلاف ما قدمناه في القاضيين اذا كانا في جانبين ، لقصور نظر كل واحد منهما على جانبه وعموم نظر هذين القاضيين في جميع البلد ، فان كان كل واحد من المتنازعين طالبا ومطلوبا لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلافهما في ثمن مبيع أو قدر صداق يوجب تحالفهما فيه عمل على قول من دعا الى اقرب

وقال في الروضة(١٦٥) ثلاثة اوجه .

احدها : يجيب المدعى عليه ، لأن جانبه أقوى .

والثاني : المدعي .

القاضيين اليهما ، فان استويا في القرب ففيه وجهان احدهما يقرع بينهما ويعمل بقول من قرع منهما ، والوجه الثاني يقطع التنازع بنهما حتى يتفقا على الرضا باحدهما .. فانظر أدب القاضي ١/١٥٨ - ١٥٩ .

(١٦٥) الروضة : هو كتاب روضة الاحكام وزينة الحكام للقاضي الامام أبي نصر شريح بن عبدالكريم بن الشيخ أبي العباس أحمد الروياني ابن عم صاحب البحر الذي تقدمت ترجمته كان من كبار الفقهاء من بيت علم وقد ولي القضاء في آمل بطبرستان توفي سنة ٥٠٥هـ انظر ترجمته في طبقات السبكي ٧/١٠٢ رقم ٨٠٠ ، طبقات الاسنوي ١/٥٦٩ رقم ٥٢٢ ، طبقات ابن هدايةالله ٧٩ ، كشف الظنون ١/٩٢٣ ، وكتاب الروضة كثير الفوائد ، وتوجد منه نسخة مخطوطة في المكتبة الظاهرية بدمشق برقم ٢٧٣ فقه شافعي تسلسل ٢١٧٤ ، ولا ينصرف الذهن هنا الى ان المراد بالروضة هو روضة الطالبين للنووي المشهورة بين الكتب الشافعية باسم الروضة لان المؤلف لم يعش حتى تأليفها فقد توفي ولما يبلغ النووي احدى عشرة سنة ومن المعلوم ان النووي ولد سنة ٦٣١هـ وصاحبنا قد توفي سنة ٦٤٢هـ انظر عن النووي طبقات السبكي ٨/٣٩٥ رقم ١٢٨٨ ، كشف الظنون ١/٩٢٩ ، تذكرة الحفاظ ٤/١٤٧٠ ، شذرات الذهب ٥/٣٥٤ ، النجوم الزاهرة ٧/٢٧٨ ، وكلام شريح الروياني الذي نقله المؤلف تجده في روضة الحكام الورقة ٥/ب - ٦/أ في باب قاضيين في بلد واحد . اذ قال : فلو أراد المدعي التحاكم الى احدهما وأراد المدعى عليه الآخر ففيه ثلاثة اوجه احدهما : الاختيار الى المدعي لأنه الطالب والثاني : الى المدعى عليه لأن جانبه أقوى لمساعدة الظاهر اياه ، ولهذا كان القول قوله مع يمينه ، والثالث : يقرع بينهما .. انتهى .

والثالث : القرعة(١٦٦) •

قال الشيخ أبو علي :

من سبق منهما وجب عليه الحضور اليه ، وان جاءا معا اقرع بينهما •

النظر السابع : في جواز أخذ القاضي الرزق على القضاء(١٦٧)

[٤٤] واذا تقلد شخص القضاء ، ان تعين عليه بالشروط السابقة ، وكانت له كفاية [من أمواله](١٦٨) لم يجز أخذ الرزق عليه ، لفرضيته عليه وكفايته ، وان كان فقيرا ، أو مسكينا لا يكفيه ما يملكه ، جاز له ان يأخذ عليه قدر كفايته من بيت المال •

وان لم يتعين عليه ، فان كان محتاجا جاز له أخذ الرزق على قدر الكفاية ، وان كان غنيا فالاولى له ان لا يأخذ شيئا(١٦٩) •

وقال الشيخ أبو علي : يكره له اخذه(١٧٠) والحالة هذه ، وذكر عين(١٧١) ما ذكرناه من التفصيل في الاجرة أيضا ، الا انه حكى عن

(١٦٦) العبارة المبتدئة بقوله (قال في البحر ••) المنتهية هنا سقطت من س ب والمطبوعة • وقد سقط الموضوع كله من ق ظ •
(١٦٧) في المطبوعة : على القضاة (وهو سهو) •
(١٦٨) الزيادة من س ب •
(١٦٩) انظر بشأن هذه المسألة : المهذب ٢/٢٩١ ، ٣٠٦ ، الام ٦/٢٢٢ ، المختصر ٥/٢٤٥ ، أدب القاضي للماوردي ٢/٢٩٤ ، البحر حـ ٧ الورقة ٦٥ ب ، نهاية المحتاج ٨/٢٤٥ •
(١٧٠) س : يكره له أخذ الرزق •
(١٧١) في الاصل وفي نسخة س : وذكر غير ما ذكرناه •• وما اثبتناه عن ب •

صاحب التقريب[١٧٢] قولا انه يجوز لمن تعين عليه وله كفاية[١٧٣] أخذ الرزق ، وقال : المعروف عند أصحابنا انه لا يجوز •

★ ★ ★

---

(١٧٢) التقريب : كتاب في الفروع للشيخ الامام قاسم بن محمد بن القفال الشاشي الشافعي قالوا عنه انه اجل كتب الشافعية ، وهو الذي تخرج به فقهاء خراسان ، وازدادت طريقة أهل العراق به حسنا ، وهو غير التقريب الذي لسليم بن أيوب الرازي الفقيه الشافعي الاديب المتوفى ٤٤٧هـ ، وتقريب ابن القفال وقد ينسبونه الى أبيه — قد اثنى عليه ابن خلكان والبيهقي وامام الحرمين ولخصه ونقل عنه صاحب النهاية والوسيط ويقع في عشرة مجلدات فانظر عن الكتاب كشف الظنون ١/٤٦٦ ، واما مؤلفه : فهو مشهور الفضل ، جليل المقدار في حياة أبيه ، جمع نصوص الشافعي ، وكان اوثق من جمعها واودعها في التقريب ، وكان حافظا يشهد بفضله كتاب التقريب هذا ، وقد ذكر اسماعيل باشا البغدادي ان وفاته كانت في حدود سنة ٤٠٠هـ ، فانظر هدية العارفين ١/٨٢٧ ، وانظر عنه طبقات العبادي ١٠٦ ، وفيات الاعيان ٤/٢٠٠ ضمن ترجمة ابيه القفال الشاشي الكبير ، طبقات السبكي ٣/٤٧٢ رقم ٢٣٧ طبقات الاسنوي ١/٣٠٣ رقم ٢٧٦ ، طبقات ابن هدايةالله (بيروت) ١١٧ ، تهذيب الاسماء واللغات حـ ٢ من القسم الاول ص ٢٧٨ رقم ٤٧١ •

(١٧٣) س : الكفاية •

الفصل الرابع

في أدب [1] القضاء

[٤٥] وينبغي للقاضي ان يتأدب في قضائه بآداب شرعية ، يستحق[2] عليه بعضها ، وبعضها يستحب له التأدب بها . وان من أحق الناس بالتأدب[3] بآداب الله تعالى ومطالبة[4] النفس باحكامه ، ورعاية حقوقه من تقلد القضاء وانتصب لفصل الاحكام ، فاتقى[5] امر ربه جل جلاله ، ونهى النفس عن الهوى ، وتذكر بوقوف الخصوم بين يديه ، ومقامه[6] معهم ، يوم القيامة ، يوم يقوم الناس لرب العالمين ، ويحكم بينهم احكم الحاكمين ، يوم لا ينفع الظالمين معذرتهم ولهم اللعنة ، ولهم سوء الدار ، واستعد لمساءلة الرب تعالى جوابا ، وتذكر بين يديه وقوفا وحسابا .

والآداب التي يتأدب بها الحاكم خمسة عشر أدبا .

[اعلام أهل البلد بقدومه]

[٤٦] الادب الاول : انه متى أراد قصد عمله[7] قدّم بين يديه

(١) س : في آداب ، وقد سقط هذا الفصل من ظ ق .
(٢) س ب والمطبوعة : بآداب شرعية بعضها مستحق عليه وبعضها مستحب .. وما اثبتناه عن الاصل .
(٣) العبارة (وان من احق الناس بالتأديب) سقطت من ب .
(٤) في الاصل : ومطالبته الفقيه باحكامه .. وما اثبتناه عن ب س .
(٥) س : واقتفى .
(٦) س : مقامه (بسقوط الواو) .
(٧) في الاصل : قصد مجلسه وما أثبتناه عن ب س .

كتابا أو رسولا الى اهله يعلمهم بقدومه ليتهيؤوا[8] للقائه ، فاذا التقوه[9] اكرمهم على اقدارهم ، وينبغي ان يكون بين يديه من يعرفه بذلك .

ثم يختار له دخول البلدة بكرة الاثنين ، فان تعذر فيوم الخميس .

ويختار له الدخول وهو لابس السواد ، هكذا قاله[10] القاضي أبو الطيب الطبري ، قال : لأن النبي صلى الله عليه وسلم « دخل مكة وعليه عمامة سوداء »[11] .

ولأنه أكثر هيبة .

وكما[12] ذكره الماوردي وزاد فيه استحباب لبس الطيالسة السود

---

(8) س : ليتأهبوا .
(9) ب س : تلقوه .
(10) ب : هكذاقاله أبو الطيب .
(11) حديث « ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعليه عمامة سوداء » رواه الامام مسلم في الصحيح في الحج عن جابر وعن عمرو ابن حريث (صحيح مسلم : ٢/٩٩٠ رقم ٤٥١ - ٤٥٢) وانظر (صحيح مسلم بشرح النووي ٩/١٣٣) ورواه أبو داود عنهما في اللباس (سنن ٤/٥٤ رقم ٤٠٧٦ ، ٤٠٧٧) وابن ماجة عن جابر في الجهاد (سنن ٢/٩٤٢ رقم ٢٨٢٢) وعنه وعن ابن عمر في اللباس (سنن ٢/١١٨٦ رقم ٣٥٨٥ - ٣٥٨٦) والترمذي عن جابر في اللباس (سنن ٣/١٣٨ - ١٣٩ ، رقم ١٧٨٩) وقال : وهو حديث حسن صحيح ، وقال : وفي الباب عن عمرو بن حريث وابن عباس وركانة وانظر تحفة الاحوذي (٥/٤١٠) ورواه الامام أحمد (المسند ٣/٣٦٣ ، ٣٨٧ ، ٤/٣٠٧) .
(12) س : وهكذا ذكره الماوردي ، ب والمطبوعة : ومما ذكره الماوردي ، قلت : والذي ذكره الماوردي تجده في أدب القاضي له ٢/٢٤٢ - ٢٤٣ ، وقد وهم محقق المطبوعة في احالته الى الجزء الاول ص ١٩٢ ، ٢١٨ منه ، فليس فيهما ذلك .

في حق الممازج لابناء الدنيا ، قال : ويزيد عليهم بما يتميز به[13] ، ويزيد في هيئته بلباس لا يشاركه فيه غيره ، وسمت لا يشاركه فيه غيره[14] ، قال : وان كان موصوفا[15] بالزهد والتواضع والخشوع ، كان ابلغ[16] في هيبته ، وازيد في رهبته[17] .

فاذا دخل البلد صلى[18] في المسجد الجامع ، وامر من يقرأ على اهله كتاب عهد الامام اليه .

وقد سبق ذكر الخلاف في الاكتفاء بالاستفاضة أو وجوب الاشهاد[19] .

[النزول وسط البلد]

[٤٧] الثاني :

ينبغي[20] ان ينزل في وسط البلد ، ويتخذ له مسكنا سريّاً[21]

---

(١٣) قوله : (ويزيد عليهم بما يتميز به) ليس في نسخة س .

(١٤) في أدب القاضي للماوردي : (وسمت يزيد على غيره فيه) وقد سقطت هذه العبارة من س .

(١٥) في أدب القاضي للماوردي : وان كان موسوما .

(١٦) في الاصل : فان كان موصوفا بالزهد والتواضع والخشوع فالخشوع . ابلغ .. وفي نسخة ب : وان كان موصوفا بالزهد والتواضع والخشوع ابلغ (بسقوط لفظة : كان) وما اثبتناه عن نسخة س وعن أدب القاضي للماوردي ٢٤٢/٢ .

(١٧) س : في هيبته .

(١٨) س ب والمطبوعة : فاذا دخل البلد جلس في المسجد .. وما اثبتناه عن الاصل .

(١٩) انظر الفقرة (٣٨) من هذا الكتاب .

(٢٠) في المطبوعة اشارة الى ان كلمة (ينبغي) قد سقطت من الاصل الذي اعتمد عليه وهو عندنا نسخة ب ، وليس كذلك بل هي موجودة فيه .

(٢١) المسكن السري : أي المسكن الشريف (النهاية في غريب الحديث - سرى ٣٦٣/٢) .

يليق بـه ، ثم يتخذ لـه مكاناً واسعاً للجلوس فيه ، للحكم بين الناس :
فان كان في فصل الصيف [١٢/أ] فليكن باردا هويّا[٢٢] فسيحا ٠
وان كان في الشتاء فليكن كنّا كنينا[٢٣] ٠

[اتخاذ البواب]

[٤٨] الثالث :

يختار لـه [اتخاذ][٢٤] بواب على أصـح الوجهـين ، يضبط الخصوم ، ويعلمهم بوقت جلوسه[٢٥] ، ووقت راحته[٢٦] ، ويمنع[٢٧] الناس عنه ، ويعلم الحاكم أو الحاجب بمجيء من يرد عليه من العدول ليكرمه اذا دخل عليـه ، فانه يستحب[٢٨] للحاكم اكرام الشهود[٢٩] وذوي الهيئات اذا اتوه[٣٠] زائرين ، وان جاءه محاكما عرّف الحاكم أو الحاجب ليسوى بين المتخاصمين كيف كانا ، سواء تساوت مرتبتهما[٣١] أو تفاوتت ٠ وعلى هذا يستحب للبواب استعلام الحال من كل ذي هيئة

---

(٢٢) س : هاويا ٠
(٢٣) س : فليكن مكانا كنينا ، والكن في القاموس بالكسر : البيت واصله وقاء كل شيء وستره ، وقوله : كنا كنينا ، أي بيتا ساترا (قاموس : كنن ٤/٢٦٦) ٠
(٢٤) الزيادة من س ومن مصحح ب ٠
(٢٥) في ب وفي المطبوعة : بوقت جلوس الحاكم للحكم ، وقد سقطت هذه العبارة من نسخة س ٠
(٢٦) في ب وفي المطبوعة : ووقت راحتيه ٠
(٢٧) في الاصل وفي نسخة ب : ومنع الناس ٠
(٢٨) س : مستحب ٠
(٢٩) سيأتي ذلك بالتفصيل في الفقرتين ١٠٦ ، ١١٣ ٠
(٣٠) س : أتوا ٠
(٣١) في المطبوعة : مرتبتها ، وهو سهو ٠

يرد الى باب الحاكم ، ويسأله[٣٢] في ماذا[٣٣] جاء لـه ، ثم ينهي الى الحاكم ما ذكر انه جاء لاجله ، وهذا عندي من أهم الاشياء ، واحبها[٣٤] ، فكـم من ذي خطر[٣٥] يدخل على الحاكم قاصـدا الحكومة ولا[٣٦] يشعر الحاكم به ، فيكرمه بقيام واجلاس الى جانبه وبسط معه ، ظنا منه انه جاءه لزيارة ، أو أداء شهادة ، واذا الخصم قد دخل وراءه ، ويكون ادلاله بمنزلته[٣٧] اوجب له الدخول على الحاكم قبل خصمه ، والنفوس خبيثة[٣٨] تحمل أربابها على التقدم وحب الرياسة[٣٩] [والغلبة] ، وان كان فيه هلاكها عند الله تعالى[٤٠] ، ولا دافع[٤١] لهذا المحذور عنـد الحاكم الا سبق علم[٤٢] بصفة مجيئه ، ولا طريق له الا اعلام البواب أو الحاجب ، فكان هذا من احب الامور المختارة للحاكم .

---

(٣٢) ب المطبوعة : ويسائله .

(٣٣) س : فيما حاله ، وفي المطبوعة : في ماذا حاله ، ولعل ذلك ناتج عن ان الاقدمين كانوا لا يكتبون الهمزة المتطرفة بعد الالف ، وانمـا يضعون على الالف علامة المد دليلا عليها .

(٣٤) في نسخة س وفي المطبوعة : واحسنها ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن سياق الحديث الذي سيأتي بقوله : فكان هذا من احب الامور .

(٣٥) س : فكم ممن حضر .

(٣٦) ب والمطبوعة : لا (بسقوط الواو) .

(٣٧) س : بمنزلة .

(٣٨) ب : سيئة ، وفي المطبوعة ونسخة س : مسيئة ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٣٩) في الاصل : وحب الرئاسة رئاسة والتصحيح والزيادة من س ب .

(٤٠) الزيادة من س .

(٤١) في الاصل ولا دفع .

(٤٢) ب س : سبق علمه (وكذا في المطبوعة) .

نعم يشترط في البواب ان يكون ثقة أمينا عفيفا نزها[43] .

[اتخاذ البواب] (في حجب)

[49] الرابع :

قال الشافعي رضي الله عنه :

ينبغي للحاكم ان لا يتخذ حاجبا[44] .

ومن أصحابنا من قال :

هذا في حال سكون الناس وخيرهم[45] واجتماعهم على التقوى ، فاما اذا كثر الهرج والسفهاء ، واستطال الاغنياء ، استحب لـه ان يتخذ حاجبا[46] .

وقال القاضي أبو الطيب الطبري :

يستحب له ان يتخذ حاجبا يقوم على رأسه اذا قعد للقضاء ، ليقدم الخصوم ويؤخرهم قلت :

هذا هو الصحيح ، ولا سيما في وقتنا[47] هذا ، مع فساد العوام ، فانه متى كان للحاكم حاجب رتب الخصوم ، وقدّم من حضر أولا على من تأخر ، [ومنعهم من المخاصمة على التقدم والتأخر][48] وزجـر

---

(٤٢) قوله : (نزها) ليس في س .

(٤٤) كلام الشافعي تجده في الام ٦/٢٠١ ، مختصر المزني ٥/٢٤١ ، المهذب ٢/٢٩٥ ، أدب القاضي للماوردي ١/١٩٩ .

(٤٥) س : وحرصهم (بدل وخيرهم) .

(٤٦) قوله : ومن أصحابنا من قال هذا في حال سكون الناس وخيرهم .. الى آخره ، تجد هذا القول في أدب القاضي للماوردي ١/٢٠١ معزوا الى بعض الاصحاب .

(٤٧) ب والمطبوعة : في زمننا ، وفي س : في زمانا .

(٤٨) الزيادة من ب س .

الظالم منهم ، واخذ[٤٩] بيد المظلوم ، وفيه آية[٥٠] عظيمة [١٢/ب] للحاكم ومنصبة[٥١] لا تخفى ، ولكل زمن أحوال ومراسم[٥٢] تقتضيه وتناسبه ، ولولا الحجاب لما تميز أحد بالسابقة ، ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم واقدارهم في زيارة واداء شهادة •

وكلام الشافعي رضي الله عنه محمول على ما اذا قصد بالحاجب الاحتجاب عن الناس والاكتفاء به ، أو خوفا من ارتشاء الحاجب •

ثم قال الماوردي :

يشترط في الحاجب ثلاثة شروط مستحقة : العدالة ، والعفة ، والامانة ، وخمسة مستحبة : [ان يكون][٥٣] حسن المنظر[٥٤] وجميل المخبر ، عارفا بمقادير الناس بعيدا عن الهوى[٥٥] ، معتدل الاخلاق ، بين الشراسة واللين[٥٦] •

---

(٤٩) س : والاخذ •
(٥٠) ب والمطبوعة : وفيه ابهة عظيمة • وفي س : وقيام هيبة عظيمة ، وما اثبتناه عن الاصل •
(٥١) س والمطبوعة : ومنصبه لا يخفى ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ، ومعنى منصبة أي رفعة ، قال في المصباح : يقال : لفلان منصب وزان مسجد : أي علو ورفعة (نصب ٢/٩٣٧) •
(٥٢) س : ورسوم •
(٥٣) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن س ب واثباته عن أدب القاضي للماوردي ١/٢٠٤ •
(٥٤) في الاصل وفي نسخة س : حسن النظر ، وما اثبتناه عن نسخة ب وعن أدب القاضي للماوردي ١/٢٠٤ •
(٥٥) في الاصل وفي نسخة س : من الهوى وما اثبتناه عن ب وعن أدب القاضي للماوردي ١/٢٠٤ •
(٥٦) انظر كلام الماوردي في كتابه أدب القاضي ١/٢٠٤ الفقرة ٢٦٣ •

ويقـال : ان أول حاجب ارتشى في الاسلام يرفا[٥٧] ، حـاجب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فان[٥٨] المغيرة[٥٩] بن شعبة استصعب الاذن على عمر رضي الله عنه في خلوة أرادها مع عمر ، فرشا يرفا حتى

---

(٥٧) يرفا ، كيمنع ، مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، قال النووي : هو بفتح الياء واسكان الراء ، ومنهم من همزه ، والصحيح انه غير مهموز ، ولم يذكر صاحب المحكم في اللغة مع جلالته الا ترك همزه ، فذكره في باب الراء والفاء والياء ، وفي سنن البيهقي في قسمة الفيء انـه يسمى : اليرفأ بالالف واللام انظر تهذيب الاسماء واللغـات حـ ١ قسم ٢ ص ١٦٠ ، الاصابة ٦٣٣/٣ رقم الترجمة ٩٣٨٩ ، تاريخ الطبري (ط : اوربا) ٢١٤٥/١ ، ٢٧١٦ ، ٢٧١٩ طبقـات ابن سعد جـ ٣ قسم ١ ص ٢٠٧ ، ٢٢٥ ، حـ ٥ ص ٦١ ، وقوله : ويقال ان أول حاجب ارتشى في الاسلام يرفا حاجب عمر .. اخرجه البغوي عن طريق المطلب بن حنطب ، قال المغيرة : انا اول من رشا .. (الاصابة ٤٣٢/٣ رقم ٨١٨١) ورواه ابن قتيبة في المعارف ٥٥٨ ، وانظر القصة في مصادر الترجمة .

(٥٨) ب : قال المغيرة .

(٥٩) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك الثقفي أبو عيسى وأبو محمد ، اسلم عام الخندق وشهد الحديبية ، وله في صلحها كلام مع عروة بن مسعود (سيرة ابن هشام ٣١٣/١) وكان موصوفا بالدهاء ، حتى عده الشعبي أحد دهاة العرب ، ولي المغيرة البصرة على عهد عمر فلم يزل عليها حتى قتل عمر فاقره عثمان عليها ثم عزله ، شهد المغيرة اليمامة وفتوح الشام والقادسية ونهاوند وذهبت عينه في اليرموك ، اعتزل الفتنة بعد قتل عثمان استعمله معاوية على الكوفة فلم يزل عليها الى ان مات سنة خمسين انظر الاصابة ٤٣٢/٣ ، الاستيعاب ٣٦٨/٣ ، أسد الغابة ٢٤٧/٥ رقم ٥٠٦٤ ، جمهرة انساب العرب ٢٦٧ ، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٣٨٥ وفيه ان له مائة وستة وثلاثين حديثا اتفقا على تسعة وانفرد البخاري بحديث ومسلم بحديثين .

سهّل له الاذن[٦٠] ، فكان المغيرة أول من رشا[٦١] في الاسلام ، ويرفا أول[٦٢] حاجب ارتشى في الاسلام[٦٣] ، وكان المغـيرة يسأل يرفا ان يجلسه في الدهليز اذا تعذر عليه الوصول الى عمر ، حتى يظن الناس انه قد وصل الى عمر[٦٤] ، فيعلموا ان له منزلة الاختصاص به ٠

[اتخاذ الاعوان]

[٥٠] الخامس :

ان يرتب له اعوانا ، وهم المسمون بالاجرياء[٦٥] ، المرتبون لاحضار الخصوم اذا استعدى[٦٦] عليهم ٠ وينبغي ان يكونوا من [ذوي الدين ، و][٦٧] اهل الثقة والامانة ، والقناعة[٦٨] ، والبعد عن الطمع ٠

---

(٦٠) وردت في ب زيادة هي قوله (فكأن المغيرة بن شعبة استصعب الاذن على عمر رضي الله عنـه) وهي تكرار لما سبق ٠ وفي س : حتى يسهل له الاذن عليه ٠

(٦١) في المطبوعة : رشى (بالالف التي تشبه الياء) وهو سهو لأن الفعل رشا واوي ٠

(٦٢) س والمطبوعة : أول من ارتشى في الاسلام ، وقد سقطت هـذه العبارة من ب ٠

(٦٣) العبارة (فكان المغيرة أول من رشا في الاسلام ويرفا أول حاجب ارتشى في الاسلام) سقطت من ب ، وقد جاءت بعدها في س زيادة هي قوله : وكان هذا زلة من قائله المغيرة ٠

(٦٤) العبارة : (حتى يظن الناس انه قد وصل الى عمر) ليست في س ٠

(٦٥) س : الاجراء ٠

(٦٦) في الاصل : استدعى والتصحيح من ب س ٠

(٦٧) الزيادة من س ب ٠

(٦٨) ب : والقنع ، س : والتعفف ٠ وقد اختار محقق المطبوعة ما في نسخة س ٠

[**اتخاذ الكاتب**]

[**٥١**] السادس :

يختار(٦٩) له اتخاذ كاتب عاقل ، فاضل ، أمين ، عدل ، عارف(٧٠) بصناعة الشروط وكتب(٧١) السجلات ، ووضع الاحكام ، وترتيبها ، جيد الخط ، حسن الضبط ، بعيد(٧٢) عن الطمع ، وان كان فقيها أشد استحبابا .

[**كراهة القضاء في المسجد**]

[**٥٢**] السابع :

نص الشافعي رضي الله عنه على(٧٣) انه يكره(٧٤) له الجلوس لفصل القضاء في المسجد قصدا واعتمادا لذلك(٧٥) .

ونص في موضع على انه لا يستحب(٧٦) .

---

(٦٩) س : ان يختار .
(٧٠) ب : عارفا ، وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س هو الصواب .
(٧١) في س : وكتابة ، وهو الذي ثبته محقق المطبوعة وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ، وكتب (بفتح فسكون) مصدر كتب .
(٧٢) في ب والمطبوعة : بعيدا .
(٧٣) كررت (على) في ب مرتين .
(٧٤) س : يكره الجلوس .
(٧٥) كلام الشافعي في كراهة الجلوس لفصل القضاء في المسجد تجده في الام ٦/٢٠١ بلفظ : « واذا كرهت له ان يقضي في المسجد فلأن يقيم الحد في المسجد أو يعزر اكره .. » .
(٧٦) قوله : « ونص في موضع على انه لا يستحب » قلت تجد كلامه في ذلك في مختصر المزني بلفظ : « احب ان يقضي القاضي في موضع بارز للناس لا يكون دونه حجاب ، وان يكون في غير المسجد لكثرة

فمن الاصحاب[٧٧] من قال : لا يكره على هذا النص الثاني •

والمشهور في مذهبنـــا الكراهة • الا انه لا خلاف[٧٨] في انها كراهة تنزيه •

ثم ان كان في المسجد لغير فصل [١٣/أ] الحكومات ، فاتفقت عنده خصومة أو خصومات ، فصلها بين أربابها بغير كراهة قولا واحدا •

[مشاورة القاضي للعلماء]

[٥٣] الثامن :

ينبغي له ان يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه ، لمشاورتهم[٧٩] في المشكلات ، ومناظرتهم في المجتهدات ، ثم لا يخرج من منزله حتى يجتمعوا •

والمشاورة مستحبة ، لا انه[٨٠] يقلدهم ، فان تقليدهم غير جائز على الصحيح من المذهب[٨١] •

الغاشية والمشاتمة بين الخصوم ٠٠ » انظر مختصر المزني – على هامش الام – ٥/٢٤١ ٠

(٧٧) قوله : « فمن الاصحاب » يقصد بهم الشافعية ، وتجد هذه المسألة في كتبهم مثل كتاب المهذب ٢/٢٩٤ ، البحر للروياني ٦/١٨٠أ ، أدب القاضي للماوردي ١/٢٠٥ نهاية المحتاج ٨/٢٤١ ، الروضة ١١/١٣٨ ، مغني المحتاج ٤/٣٩٠ ، شرح روض الطالب ٤/٢٩٧ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/٣٤٦ ٠

(٧٨) س : لاخلاف انها كراهة تنزيه ٠

(٧٩) س : ليشاورهم ٠

(٨٠) مصحح ب ، وفي المطبوعة : لا لأنه ، وقد سقطت جملتها من س ٠

(٨١) العبارة : (والمشاورة مستحبة لا انه يقلدهم فان تقليدهم غير جائز على الصحيح من المذهب) سقطت من س ٠

وقال ابن سريج :

اذا اتفقت خصومة لمسافر في واقعة لم[82] يغلب على ظنه فيها شيء ، وخاف فوت الرفقة ، فله تقليد غيره .

والصحيح هو الاول :

وعليه ـ ان لم يتضح له الحق ـ تأخير الحكم الى ان يتضح .

بل المشاورة ليسمع من العلماء ما عندهم ، ويعرضه على رأيه ، ويتنبه[83] للادلة والمشكلات ، فيكون ذلك معونة [له][84] على تذليل طرق الاجتهاد ، ومعرفة مسالك[85] النظر .

[الدعاء بالمأثور حين الخروج الى مجلس الحكم]

[٥٤] التاسع :

اذا اراد الخروج من منزله الى مجلس حكمه خرج بسكينة[86] ووقار وقال : اللهم اني أعوذ بك ان ازل أو اضل ، او اظلم ، او اجهل ، أو يجهل علي[87] ، ثم يجلس مستقبل القبلة في أصح الوجهين[88] .

---

(٨٢) ب والمطبوعة : ولم (بزيادة الواو) وما اثبتناه عن الاصل وعن س .
(٨٣) س : وتبيينه الادلة .
(٨٤) الزيادة من س ب .
(٨٥) في المطبوعة : ومعرفة مسالك العلة ، وأشار محققها في الحاشية الى ان كلمة (العلة) زيادة من عنده لاتمام الكلام ، ثم قرأ العبارة بعدها هكذا : النظر التاسع ... وهو سهو .
(٨٦) في المطبوعة : بسكنية (بتقديم النون على الياء) وهو سهو مطبعي .
(٨٧) قوله : وقال : اللهم اني أعوذ بك ان ازل أو اضل أو اظلم أو اجهل أو يجهل علي .. قلت هو دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته فيما روته أم سلمة عنه ، الذي رواه أبو داود من طريق الشعبي عنها (سنن أبى داود ـ كتاب الادب ـ ٣٢٥/٤ رقم ٥٠٩٤) والترمذي (سنن ـ دعوات ـ ١٥٤/٥ ـ ١٥٥

وحكى الشيخ أبو علي وجها انـه يستدبرها[٨٩] في مجلسه[٩٠] ليكون الخصوم مستقبليها •

[تفقد أحواله الخاصة قبل الحكم]

[٥٥] العاشر :

اذا أراد الجلوس للحكم تفقد أحوال نفسه من جوعه وعطشه وغضبه وقلقه ، فانه يكره له ان يقضي وهو غضبان ، أو جائع جوعا يشوش فكره ، أو عطشان ، أو حاقب ، أو حاقن[٩١] ، أو مشغول الفكر بحزن مفرط أو ألم مؤلم ، والغرض ان لا يكون على صفة تشوش عليه نظره وفكره •

[ترتيب العدول وأرباب المسائل والمترجمين وغيرهم] •

[٥٦] الحادي عشر :

يختار له ترتيب عدول بلده على طبقاتهم بعد سؤاله عنهم ، ويرتب في التزكية عدولا عندهم خبرة وبشروطها •

وكذلك يفعل بأرباب مسائله ، وسنصفهم ان شاء الله تعالى •

وليس له ان يرتب شهودا لا يسمع قول غيرهم ، لأنه لا فائدة فيه ،

رقـم ٣٤٨٧) والنسائي (سنن ـ الاستعاذة ـ ٢٦٨/٨) وابن ماجة (سنن ـ كتاب الدعاء ـ ١٢٧٨/٢ رقم ٣٨٨٤) •

(٨٨) انظر ذلك في أدب القاضي للماوردي ٢١٨/١ رقم الفقرة ٢٨٥ •

(٨٩) ب : استدبرها •

(٩٠) س : في مجلس الحكم •

(٩١) ب س والمطبوعة : أوحاقن أوحاقب ، وما اثبتناه عن الاصل ، والحاقب قال ابن الاثير : هو الذي احتاج الى الخلاء فلم يتبرز فانحصر غائطه ، والحاقن هو الذي حبس بوله (النهاية في غريب الحديث مادة حقب وحقن ٤١١/١ ، ٤١٦ •

فانه اذا شهد عنده غير من رتبهم ، بحق شرعي ، وعرفه[٩٢] بالعدالة ، وجب عليه سماع شهادته والعمل بها [اذا وجد شرطها][٩٣] ، ويحرم عليه الامتناع ، لكون الشاهد غير مرتب مع من رتبهم[٩٤] ، ولو فعل ذلك خالف الكتاب والسنة واجماع الامة[٩٥] .

[٥٧] ثم يرتب المترجمين والمسمّع ، وهو الذي يسمع [١٣/ب] القاضي الاصم الذي يجوز قضاؤه .

[٥٨] اما المزكى فلا يسمع التزكية الا من عدلين .

[٥٩] واما أرباب المسائل ففيه خلاف وتفصيل سنذكره ان شاء الله في موضعه .

[المترجم وشروطه]

(٦٠) واما المترجم فلابد أيضا من العدد فيه ، هكذا قاله الاصحاب . وقال الامام :[٩٦]

والوجه[٩٧] ان يقال[٩٨] : ان كانا يعرفان العربية لكنهما لا يحسنان النظم ، فهما كطرش[٩٩] القاضي ، ويكفي فيه مسمع واحد على أحد[١٠٠]

---

(٩٢) في الاصل : وعرفهم .
(٩٣) الزيادة من س ب .
(٩٤) ب والمطبوعة : من رتبه ، س : مع ترتبه ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٩٥) ب والمطبوعة : واجماع الائمة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س .
(٩٦) قوله : وقال الامام ، قلت هو امام الحرمين ضياءالدين أبو المعالي عبدالملك بن الشيخ أبي محمد الجويني الذي مرت ترجمته .
(٩٧) ب والمطبوعة : الوجه .
(٩٨) ب : ان يقول .
(٩٩) في الاصل : فهو كطرش .
(١٠٠) س : على أحد القولين .

الوجهين ، ولو كانا[١٠١] اعجميين وبالحضرة عدول يسمعون ويعرفون ، ففي اشتراط العدد في المترجم وجهان[١٠٢] . والا ظهر الاكتفاء بمترجم واحد ومسمع واحد ، لأن الحاضرين لو سمعوا تغييرا لابدوا نكرا[١٠٣] .

وقال الماوردي :

يؤدي المترجم الترجمة بلفظ الشهادة[١٠٤] .

وقال بعض أصحابنا :

يذكره بلفظ الخبر دون الشهادة .

قلت أنا :

فعلى هذا الوجه يقبل فيه مترجم واحد ، كهلال رمضان وبقية الاخبار .

فان[١٠٥] كانا اعجميين ، فهل للمترجمين[١٠٦] ان يترجما عن الخصمين ؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في الشاهدين ، اذا تحملا عن

---

(١٠١) س : وان .

(١٠٢) جاء في حاشية الاصل قوله (الاصح اشتراط العدد) قلت انظر بشأن هذا الموضوع نهاية المحتاج ٢٥٢/٨ ، المختصر ٢٤٢/٥ ، الام ٢٠٨/٦ ، البحر ج ٦ الورقة ١٥٩/أ ، المهذب ٣٠٤/٢ ، مختصر المهمات للعراقي الورقة ٤٢٥/أ ، أدب القاضي للماوردي ٦٩٥/١ الفقرة ١٨٠٣ وما بعدها .

(١٠٣) العبارة (لأبدوا نكرا) سقطت من س .

(١٠٤) قوله : وقال الماوردي يؤدي المترجم الترجمة بلفظ الشهادة انظر قول الماوردي في أدب القاضي ٦٩٨/١ - ٦٩٩ .

(١٠٥) في الاصل : وان ، وفي س : فلو ، وما اثبتناه عن ب .

(١٠٦) س ب والمطبوعة : فهل للمترجمين عن احدهما ان يترجما عن الآخر ؟ وما اثبتناه عن الاصل .

شاهد أصل هل يتحملان عن الشاهد الآخر[١٠٧] ؟

وقال البغوي[١٠٨] :

اذا كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين قبل في الترجمة شاهد وامرأتان •

وقال[١٠٩] البغوي :

وجب الا يقبل الا رجلان كما لا تثبت[١١٠] الشهادة على الشهادة بقول النساء حتى لو كان الخصم امرأة اعجمية يشترط ان يترجم قولها رجلان •

قال :

وهل يجوز ان يكون المترجم اعمى ؟

فيه وجهان[١١١] :

احدهما : لا كالشهادة •

والثاني : بلى[١١٢] ، لأنه ينقل لفظ الخصم ، والقاضي يراه فلا

---

(١٠٧) وهو الذي سيأتي في باب الشهادة على الشهادة •

(١٠٨) البغوي : هو الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي ، وقد مرت ترجمته •

(١٠٩) ب والمطبوعة : قال (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن الاصل وعن س •

(١١٠) س والمطبوعة : كما لا تقبل الشهادة على الشهادة •

(١١١) ورد في حاشية الاصل قوله (الاصح انه يجوز ان يكون المترجم أعمى) قلت : عن هذه المسألة انظر أدب القاضي للماوردي ٦٩٧/١ ، مغني المحتاج ٣٨٩/٤ ، نهاية المحتاج ٢٥٢/٨ •

(١١٢) (يلى) كذا في الاصل وفي س ب والمطبوعة ، ولعل الصواب : (نعم) •

يحتاج الى البصر .

[**المسمّع**]

[٦١] وفي المسمع ثلاثة اوجه ، في الثالث : ان العدد لا يشترط الا ان يكون الخصمان اصمين(١١٣) .

وهذا له مزيد شرح سيذكر .

[**كراهة مباشرته للبيع والشراء**]

[٦٢] الثاني عشر(١١٤) :

يكره له مباشرة البيع والشراء بنفسه ، أو بوكيل خصيص بـه ، مشهور بوكالته .

وهكذا يكره له ولوج الاسواق ، ومخالطة الناس في البيع والشراء ، وفي المواضع التي لا يليق بالعلماء والحكام الاجتياز بها .

[**حكم الهدية**]

[٦٣] الثالث عشر :

يحرم عليه قبول الهدية من الخصمين ، أو من احدهما .

فلو قبل – مع التحريم – هل يملكها ؟

فيه وجهان(١١٥)

---

(١١٣) في الاصل : **الا ان** يكون الخصمان اعميين .

(١١٤) ذكرت هذه الفقرة في نسخة س بعد التي تليها .

(١١٥) ورد في حاشية الاصل قوله : (الاصح من الوجهين انه لا يملكها) قلت : انظر بشأن هذه المسألة : أدب القاضي للماوردي ٢/٢٨١ ، روضـة الطالبين ١١/١٤٣ شرح روض الطـالب من اسنى المطالب ٤/٣٠١ .

اما من لا خصومة له أصلا [١٤/أ] فان جرت له عادة بمهاداته قبل القضاء فلا بأس ، والاولى الترك • وان لم تجر[116] له عادة بذلك جاز القبول[117] ، والاولى له ان قبل ان يعوضه عنها ، أو يضعها في بيت المال ، والاولى له سد باب قبول الهدايا من كل أحد •

[حضور القاضي الولائم العامة]

[٦٤] اما الولائم العامة فلا يكره له الاجابة اليها •

ووليمة العرس يستحب له اتيانها •

وهل تجب عليه ؟

ان قلنا : لا تجب على غيره فهو اولى •

وان قلنا : تجب على غيره[118] ، ففي وجوبها عليه وجهان[119] •

ولو كثرت الولائم العامة ، وقطعته عن الحكم امتنع عن الكل ، ولا يخص قوما دون قوم بالاجابة •

[عيادته المرضى وتشييعه الجنائز واتيانه الغائب]

---

(١١٦) ورد في حاشية الاصل ما نصه : (قوله : وان لم تجر له الى آخره ، هذا الذي جزم به الغزالي في الوسيط والاصح التفصيل ان هاداه عن محل ولاية غيره فيجوز فان كان في محل ولايته فلا يجوز) •

(١١٧) في نسخة س : (فان لم تجر له عادة بذلك لم يجز له القبول) وهو الذي ثبته محقق المطبوعة وقال في هامشها : (وعبارة الاصل جاز القبول وهو خطأ) والاصل عنده هو نسخة ب عندنا ، وليس كما قال لأن المؤلف قال بعدها : (والاولى له ان قبل ••) فيفهم منه انه أراد جواز القبول منه فانظر بشأن هذه المسألة أدب القاضي للماوردي ٢ / ٢٨١ •

(١١٨) العبارة : (فهو اولى وان قلنا تجب على غيره) سقطت من ب •

(١١٩) قوله (وجهان) ليس في ب •

[٦٥] اما عبادة المرضى ، وتشييع الجنائز ، واتيان الغائب عند مقدمه[١٢٠] ، فيستحب .

فان كثر ذلك اتى[١٢١] من ذلك بما لا يقطعه عن الحكم .

وما هيأه له أحد الخصمين من الطعام حكمه حكم الهدية .

قلت :

ومما يدور في خلدي ، ولم أجده منقولا ، انه لو مرض أحد الخصمين هل تستحب له عيادته ؟ أو تكره ، أو تحرم ؟ .

ولو[١٢٢] مات احدهما ، هل يشيع جنازته ؟

[ولو مات له حميم ، أو قريب ، أو ولد ، هل يشيع جنازته ؟][١٢٣] .

هذا كله فيه عندي تردد[١٢٤] ، وللنظر[١٢٥] فيه مجال .

[ضيافة الخصمين]

[٦٦] ثم قال الشافعي رضي الله عنه :
ولا يضيف أحد الخصمين[١٢٦] .

---

(١٢٠) س : قدومه .
(١٢١) ب س : اتى منه بما .
(١٢٢) ب س : اولو .
(١٢٣) الزيادة من ب س .
(١٢٤) س والمطبوعة : فيه تردد عندي .
(١٢٥) س : والنظر .
(١٢٦) قول الشافعي (ولا يضيف أحد الخصمين) تجده في الام ٦/ ٢٢١ ، مختصر المزني ٥/ ٢٤٥ ، وقد اقتبسه صاحب البحر حـ ٦ الورقة ٥٧/آ ، وأبو اسحاق الشيرازي في المهذب ٢/ ٣٠٠ .

كان الشيخ الخضري(١٢٧) يقرؤها(١٢٨) : ولا يضيف ـ بفتح الياء ، يعني : لا يكون(١٢٩) القاضي ضيفا لاحدهما •

والجمهور قالوا : هي : يضيف ـ بضم الياء • يعني لا يكون(١٣٠) احدهما ضيفا للقاضي •

وهما في الحكم سواء •

---

(١٢٧) الشيخ الخضرى ـ بكسر الخاء وسكون الضاد ـ نسبة الى بعض أجداده واسمه الخضر ، وذلك على لغة من يكسر الخاء ويسكن الضاد من الخضر ، وهي احدى اللغتين ، فاما من يقول الخضر بفتح الخاء وكسر الضاد فقياسه ان يقول الخضري بفتح الضاد كما قالوا في النسبة الى نمرة نمرى وهو باب مطرد لا يخرج عنه شيء ، كما يقول ابن خلكان • والشيخ الخضرى هو أبو عبدالله محمد بن أحمد المروزي الفقيه الشافعي امام مرو ومقدم الفقهاء الشافعية ، صحب أبا بكر الفارسي ، وكان من أعيان تلامذة أبي بكر القفال الشاشي ، وأقام بمرو ناشرا فقه الامام الشافعي ، وكان يضرب به المثل في قوة الحفظ وقلة النسيان ، وله في المذهب وجوه غريبة نقلها الخراسانيون عنه ، حدث عن القاضي أبي عبدالله المحاملي وغيره ، وعقد مجلس الاملاء والتدريس ، وتفقه عليه جماعة منهم أبو علي الدقاق وغيره ، وكان له معرفة بالحديث وكان ثقة ، توفي في عشر الثمانين والثلثمائة ، انظر وفيات الاعيان ٤/٢١٥ رقم ٥٨٧ ، الوافي بالوفيات ٢/٧٢ ، طبقات العبادي ٦٩ ، طبقات السبكي ٣/١٠٠ رقم ١١٦ ، شذرات الذهب ٣/٨٢ (وجعله في وفيات ٣٧٣هـ) •

(١٢٨) في المطبوعة : يقرأها •

(١٢٩) في ب والمطبوعة : يعني يكون (بسقوط الحرف : لا) وقد سقطت هذه العبارة وهي قوله : (يعني لا يكون القاضي ضيفاً لاحدهما والجمهور قالوا : هي يضيف بضم الياء) من نسخة س •

(١٣٠) ب والمطبوعة : يعني يكون (بسقوط الحرف لا) •

وقال أبو القاسم الداركي(١٣١) :

هذا كله(١٣٢) اذا كانت دار الخصم بعيدة عن دار القاضي ، فاما ان كان أحد الخصمين جارا للحاكم أو من أقاربه ، جاز للقاضي ان يدعوه الى داره وضيافته ، لأن فيه قضاء حق الجوار والقرابة فلا تهمة •

قلت :

وهذا عندي على العكس مما ذكره : فان التهمة تمكن من الجار والقريب أكثر من البعيد ، لقربهما من قلب الحاكم ومودته ، وكلما قرب الخصم من الحاكم بجوار أو قرابة كانت التهمة اتم ، وهذا(١٣٣) حكمة منع الحكم للاصول والفروع على أحد الآراء ، وعدم قبول الشهادة لهم مطلقا ، وكذلك(١٣٤) لا تقبل شهادة الزوج لزوجته على قول لنا ، ولا شهادة الصديق لصديقه عند مالك رضى الله عنه •

---

(١٣١) أبو القاسم الداركي نسبة الى دارك قرية من قرى اصبهان واسمه عبدالعزيز بن عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز ، قال عنه الشيخ أبو اسحاق الشيرازي : كان فقيها محصلا تفقه على أبي اسحاق المروزي ، وانتهى اليه التدريس ببغداد وعليه تفقه الشيخ أبو حامد الاسفرايني بعد موت أبي الحسن بن المرزبان وأخذ عنه عامة شيوخ بغداد وغيرهم من أهل الآفاق مات سنة ٣٧٥هـ انظر طبقات الشيرازي ٩٧ طبقات السبكي ٣/٣٣٠ رقم ٢١٠ ، تاريخ بغداد ١٠/٤٦٣ رقم ٥٦٣٥ تهذيب الاسماء واللغات ١/٢/٢٦٣ ، طبقات العبادي ١٠٠ ، العبر ٢/٣٧٠ ، معجم البلدان (صادر) ٢/٤٢٣ ، وفيات الاعيان ٣/١٨٨ رقم ٣٨٥ ، طبقات ابن هداية الله (بيروت) ٩٨ •

(١٣٢) س والمطبوعة : هذا اذا (بسقوط لفظة : كل وهي موجودة في الاصل وفي ب) •

(١٣٣) (وهذا) كذا في الاصل وفي س ب ومعناه : وهذا التعليل •• وقد غيرها محقق المطبوعة الى (وهذه) وقال ان اللفظ من عندي •

(١٣٤) ب والمطبوعة : ولذلك • وما اثبتناه عن الاصل وعن س •

ثم يلزم على مساق ما ذكره جواز قبول هدية احدهما اذا كان جارا أو قريبا ، ولا قائل به مع قيام الخصومة ، فما ذكرناه اولى [١٤/ب] •

[النظر في امر المحبسين]

[٦٧] الرابع عشر :

أول ما ينظر في(١٣٥) امر المحبسين ، وطريقه : طلب ديوان الحكم ممن كان قاضيا قبله ، ففيه(١٣٦) ذكر المحبسين ، فاذا حضر بين يديه تصفحه ، واستعلم أحوالهم منه ثم يأمر منادياً ينادي ثلاثة أيام ، ان اتسعت خطة البلد ، ويوما واحدا ان لم تتسع : ان الحاكم عازم على كشف حال(١٣٧) المحبسين في اليوم الفلاني ، فمن كان له غريم محبوس فليحضر •

ثم ان امكن احضارهم جملة واحدة احضرهم ، وقدم كشف حال كل(١٣٨) واحد بالقرعة • وان لم يمكن ، احضر واحدا واحدا من السجن بالقرعة ، فيقدم شخصا ويسأله عن حبسه •

[٦٨] فان قال : حبسني تعزيرا اللدد(١٣٩) كان مني فلا يطلقه في

---

(١٣٥) في المطبوعة : (فيه) وما اثبتناه عن الاصل وعن س ب وقد ورد هذا الفصل في الورقة ١١٠/ب من نسخة ظ ، والصفحة ١٦٤ من نسخة ق ، وقد ورد فيهما العنوان على هذه الصورة : (فصل : ويجب على القاضي النظر في امر المحبسين ••

(١٣٦) س ب والمطبوعة وكذا في ق ظ : ففيها ذكر المحبسين فاذا حضرت بين يديه تصفحها واستعلم أحوالهم منها • وما اثبتناه عن الاصل •

(١٣٧) ب : على حال كشف •

(١٣٨) ب س ق ظ والمطبوعة : كشف حال واحد واحد بالقرعة •• وما اثبتناه عن الاصل •

(١٣٩) في الاصل : لامر كان مني ، وفي س : للذي كان مني ، وما أثبتناه عن ب ظ ق واللدد : شدة الخصومة كما في المصباح (٢/٨٥٠) •

الحال ، بل ينادى في الناس [اياما][(١٤٠)] ان فلانا المحبوس ذكـر ان الحاكم الاول حبسه للتعزيز[(١٤١)] ، لا في حق مالي لخصم ، فان حضر أحد وخالف[(١٤٢)] قوله ادام حبسه[(١٤٣)] ، والا اطلقه ، بعد ان يحلفه انه ما حبس بحق لخصم ٠

[٦٩] وان قال : حبسني لتعديل بينة شهدت عليّ ، ففي جواز حبسه بذلك [للاول][(١٤٤)] وجهان :

فان قلنا : يجوز ، فان حبسه[(١٤٥)] لم يجز للثاني اطلاقه ولا حبسه الآن[(١٤٦)] الا بطلب خصمه ٠

وان قلنا : لا يجوز[(١٤٧)] للاول حبسه ، اطلق ٠

وقيـل : ينظر : ان كان القاضي [الاول][(١٤٨)] قـال : حكمت بحبسه ، لزم الثاني حبسه ، وان لم يقل [قد][(١٤٩)] حكمت بحبسه ،

---

(١٤٠) الزيادة من س ب ق ظ ٠
(١٤١) س : بتعزير ، ب تعزير ، ق ظ : لتعزير ، واختار محقق المطبوعة اللفظ الاخير ٠
(١٤٢) س : وخالفه ٠
(١٤٣) عبارة (أدام حبسه) سقطت من ب س ق ظ ومن المطبوعة ٠
(١٤٤) ب ق س والمطبوعة : الاول وما أثبتناه عن ظ وقد سقطت من الاصل ٠
(١٤٥) ب : ان حبسه ، وفي ق ظ : بجواز حبسه ، س : ان يحبسه وهو اختيار محقق المطبوعة ٠
(١٤٦) ب : الا ان الا يطلب : وفي س : الا ان لا ، وفي المطبوعة الا ان يطلب ، وكل ذلك تصحيف ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ق ظ ٠
(١٤٧) س : لا يجوز للاول حبسه نظر ان كان القاضي الاول ، وفي ق ظ : وان قلنا يجوز للاول حبسه نظر ان كان ٠٠
(١٤٨) الزيادة من س ب ق ظ ٠
(١٤٩) الزيادة من س ب ق ظ ٠

وجب على الثاني اطلاقه ، ولكن لا يعجل ، بل[150] ينادى في الناس ثلاثة أيام ان القاضي قد حكم باطلاق فلان من حبسه .

[٧٠] قلت [151] :

هذا ذكره[152] الماوردي هكذا[153] . وفيه نظران :

[٧١] احدهما :

انه قال :

وان قلنا : لا يجوز حبسه ، وفصل كما تراه ، وكان من حقه ان يقول : واذا[154] قلنا لا يجوز حبسه للأول فهذا اذا لم ير ذلك رأيا ومذهبا ، والا فلو رأى الاول حبسه ، جاز له ذلك قولا واحدا ، لأنها مسألة مجتهد فيها .

ثم اذا رأى القاضي الاول حبسه وحبسه ، فالقاضي الثاني [ان][155] رأى حبسه سائغا بذلك فله استدامة حبسه قولا واحدا ، وان لم ير[156] جواز حبسه ، والتفريع[157] على ان القاضي الاول رأى جواز حبسه وحبسه ، فهل يديم الثاني حبسه بطلب الخصم امضاء

---

(١٥٠) س : بل يصبر حتى ينادى ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة ، وفي ق ظ : بل حتى ينادى .

(١٥١) ظ ق : قال قلت .

(١٥٢) ق : هذا ما ذكره .

(١٥٣) انظر قول الماوردي في أدب القاضي ٢٢٥/١ .

(١٥٤) س ب والمطبوعة : اذا .

(١٥٥) الزيادة من س ب .

(١٥٦) س : لم ير جواز ذلك .

(١٥٧) في المطبوعة : والتفريغ (بالمعجمة وهو سهو مطبعي) .

لفعل الحاكم الاول ، أو يطلقه ؟ فيه [١٥/أ] وجهان .

[٧٢] النظر الثاني :

انه قال : ان قال[١٥٨] الاول : حكمت بحبسه لزم الثاني حبسه والا اطلقه الثاني .

وفي هذا اشارة الى ان فعل الحاكم أو أمره[١٥٩] بالفعل ليس بحكم ، انما الحكم قوله لفظا : حكمت بكذا ، أو بلفظ آخر يقوم مقامه .

ويلزم عليه انه لو ثبت عنده قصاص على قاتل عمدا عدوانا [أجنبيا][١٦٠] بالبينة العادلة في موضع يجب فيه القصاص ، ولم يقل حكمت به ، ثم أمر بقتله ، ان امره لا يكون حكما ، وهكذا امره صاحب[١٦١] الدين بعد ثبوته بأخذ[١٦٢] دينه من مال المدين[١٦٣] في موضع يجوز ذلك ، انه لا يكون حكما ، بل لابد من اللفظ بالحكم .

وهذا عندي فيه تردد ظاهر لا يخفى تجاذب أطرافه على الفقيه .

ثم قد ناقض قوله هذا ، فانه[١٦٤] قال متصلا بما ذكره[١٦٥] :

اما اذا قال : حبسني[١٦٦] تعديا بغير حق ، ولغير خصم بدعواه

---

(١٥٨) س : ان لو قال .
(١٥٩) ظ : وامره .
(١٦٠) الزيادة من س ب ق ظ .
(١٦١) س : لصاحب .
(١٦٢) ب والمطبوعة : اخذ ، س : بأخذ ماله .
(١٦٣) ب : للمدين ، وهو تصحيف .
(١٦٤) ظ ق : فانه متصل .
(١٦٥) انظر ما ذكره في أدب القاضي للماوردي ١/٢٢٥ لأن الكلام له .
(١٦٦) س : حبسني بغير حق .

تخالف الظاهر من أحوال القضاة ، وحبسه حكم ، فلا ينقض[167] الا بيقين الفساد •

فقوله : وحبسه حكم دليل على ما ذكرناه قطعا •

[٧٣] ثم قال[168] : فيطلب منه البينة ، فان شهدت انه حبسه بحق عزره ، لكذبه على الحاكم الاول ، وان شهدت انه حبسه ظلما نادى مناديه ثلاثا لحضور خصمه ، فان لم يحضر له خصم اطلقه بعد ثلاث ، وان لم تقم له بينة اعاده الى الحبس ، وكشف عن حاله الى ان يظهر للقاضي انه لا خصم له فيطالبه بكفيل بدنه ، ثم يطلقه •

فان قيل : فالكفالة بالبدن لا تصح الا ممن ثبت[169] عليه حق ،

قلنا : وحبسه من جملة الحقوق •

فان لم يجد كفيلا استظهر القاضي في بقاء حبسه على طلب كفيل مديدة ، ثم يطلقه [عند اعواز الكفيل][171] •

[٧٤] اما اذا قال : حبسني لخصم ذمي ارقت له خمرا :

فان[172] كان القاضي الاول شافعيا اطلقه الثاني ان كان شافعيا أيضا •

وان كانا حنفيين ، أو كان الثاني حنفيا[173] ، استدام حبسه بسؤال

---

(١٦٧) ق : ينتقض •
(١٦٨) انظر أدب القاضي له ٢٢٥/١ •
(١٦٩) س ظ ق : يثبت •
(١٧٠) س والمطبوعة : مدة وقد سقطت من ظ ق •
(١٧١) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن ق ظ ، وفي س ب : عن اعواز الكفيل ، وما اثبتناه عن أدب القاضي للماوردي ٢٢٦/١ •
(١٧٢) س : وان •
(١٧٣) العبارة : (وان كان والثاني حنفيا) سقطت من س •

خصمه ، مع اعترافه بما يراه القاضي الثاني حقا واجبا عليه •

وان كان الاول حنفيا والثاني شافعيا ، لم ينقض حكم الاول لنفوذه في اجتهاد مشروع •

وفي وجوب امضائه على الثاني قولان •

وقال الشيخ أبو نصر :

ان كان الحاكم الثاني لا يرى وجوب قيمة الخمر ، ورآه الاول [١٥/ب] فيه قولان : احدهما : لا يغرمه الثاني ، بل يتوقف ، ويجتهد في الصلح على شيء ، والثاني : ينفذ حكم الحاكم الاول •

[٧٥] اما اذا قال حبسني بحق لغريم ، وانا معسر ، فيحضر القاضي الغريم ، ويستعلم منه حاله ، وطريق امر الاعسار لا يخفى ، فلا يطول به •

[٧٦] وان قال : حبسني بدين شهد عليّ به فاسقان ، فيسأل(١٧٤) عن حالهما :

فان عدلا حبسه •

وان لم يعدلا ، ولم يأت الغريم ببينة أخرى اطلقه •

وهل يحبسه في المدة التي يتعرف بها(١٧٥) أحوال الشهود ؟ فيه وجهان •

[النظر في امر اليتامى الذين هم تحت نظره]

---

(١٧٤) ق : سأل •

(١٧٥) س ق ظ والمطبوعة : يتعرف فيها ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

[٧٧] ثم اذا فرغ من أحوال المحبسين والنظر في أمورهم ، نظر في أمر أموال الايتام الذين هم تحت نظره وولايته ، وببلد عمله .

واحترزنا بقولنا : الذين هم تحت نظره وولايته وببلد عمله(١٧٦) ، عما اذا كان لليتيم مال في عمل هذا الحاكم وعقار(١٧٧) ، واليتيم في بلد آخر ، تحت نظر الحاكم به ، فولاية التصرف في ماله الى قاضي البلد الذي فيه اليتيم على الاصح . وقاضي بلد المال يتصرف فيه اذا اشرف على الهلاك ، كما يتصرف في مال كل غائب(١٧٨) بالحفظ . فأما(١٧٩) عقاره فينصب قيّمـا يحفظه ويرممه(١٨٠) ان تداعى الى الهلاك ، ولا يجوز(١٨١) له بيعه قولا واحدا ، لا بغبطة ، ولا بغيرها . وهل لـه ان يؤجره ؟ قال الامام : لم يوافق أحد من الائمة على جواز ايجاره(١٨٢) ، ثم مال الى انه يجوز ، وفي هذا نظر وبحث لا يمكن التطويل به .

[النظر في امر الاوصياء والامناء والقوام]

---

(١٧٦) العبارة (واحترزنا بقولنا : الذين هم تحت نظره وولايته وببلد عمله) سقطت من ظ ق س ومن متن ب وقد دونت على حاشيتها .

(١٧٧) في المطبوعة : عما اذا كان لليتيم مال وعقار في عمل هذا الحاكم واليتيم ... وفي نسخة س : عما اذا كان لليتيم مال في عمل بلد الحاكم وعقار واليتيم ... وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق .

(١٧٨) في المطبوعة وفي نسخة ب : في كل مال غائب (وهو سهو) وقد سقطت لفظة (كل) من ظ ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق .

(١٧٩) في سائر النسخ : واما (بالواو) وما اثبتناه عن الاصل .

(١٨٠) ق ظ لحفظه وترميمه .

(١٨١) ب : ويجوز (بسقوط لفظة : لا) وهو سهو .

(١٨٢) س : على جواز الاجارة .

[٧٨] ثم [ينظر][١٨٣] في امر الاوصياء ، ثم في أمر الضوال واللقطة ، ثم[١٨٤] في امر الامناء والقوام ، فيتفقد[١٨٥] أحوالهم ، فيعزل من يرى عزله مصلحة وجائزا ، ويبقى من يرى ابقاءه على ما يسوغه[١٨٦] الشرع وتقتضيه المصلحة .

ويحاسب الامناء على ما هم مباشروه ، فان اعترفوا بقبض أجرة قدرها لهم المعزول ، فالقدر الزائد على اجرة المثل يسترد ، وهل يقبل قولهم في انها قدر اجرة المثل ؟ فيه وجهان .

[تصفح ديوان الحكم]

[٧٩] ثم يتصفح ديوان الحكم الذي كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات ، فأن رأى شهودها احياء ، وهي غير[١٨٧] محتاجة الى اثباتها عنده أبقاها ، وان رأى فيها كتابا قد مات معظم شهوده [١٦/أ] ، ولم[١٨٨] يبق فيه سوى شاهدين ، استدعى[١٨٩] المسمى فيه ، واشار عليه باثباته[١٩٠] عنده ، ليدعي هو به ، فانه صاحب الحق المتضمن[١٩١] فيه ،

---

(١٨٣) في ب والمطبوعة : ثم اذا وفي امر الاوصياء ، وفي س : بل ينظر في امر الاوصياء وفي ق ظ : ثم ينظر بعد الاوصياء في امر الضوال .

(١٨٤) في المطبوعة : (نظر) في موضع كلمة (ثم) وقال محققها انها زيادة من عنده .

(١٨٥) ق : يتفقد ، ظ : ويتفقد .

(١٨٦) ق ظ : على ما يقتضيه .

(١٨٧) س : فان رأى شهودها احياء وانها غير محتاجة الى ابقائها عنده ابقاها ... وقد سقطت هذه الجملة من ق ظ .

(١٨٨) ب والمطبوعة : او لم .

(١٨٩) ق ظ : استدعى صاحبه .

(١٩٠) س : بابقائه .

(١٩١) س : فانه صاحب الحق المسمى فيه .

وان رأى[192] ان يظاهر على من فيه من الشهود ، ويشهد على شهاداتهم شهود فروع ، فعل •

والمطلوب سلوك طريق يفضي الى بقائها منتفعا[193] بها اذا احتيج اليها ، فانه حكمة اتخاذ سلة الحكم •

[٨٠] ثم ينبغي ان يرتب الكاتب أو غيره لجمع سلة حكمه الى الاول ، ويجمع محاضر كل أسبوع او كل شهر في اضبارة ، ويكتب عليها : محاضر اسبوع كـذا ، من شهر كـذا ، من سنة كـذا • وكذلك في السجلات ، ويجعلها في قمطره ، ويختم عليها ختمه ، ولا يستبدل[194] بها أحـدا يحفظها غيره ، فهو الاولى والاقرب الى حفظها • ويذكر ما تضمنته اذا طال الزمن عليها ، وان وثق وثوقا تاما بعدل مشهور العدالة ، والعلم والدين ، والامانة ، ورأى ايداعها عنده لوثوقه به فلا بأس ، وان اتصف بصـفة الغنى والأصالة فهو اولى •

[٨١] ثم مهما طلب منه[195] مدع نسخة كتاب تضمن حقا ثابتـا عنده اسعفه به ، فان احضر المدعى عليه ، وطالبه بالمدعى به ، فانكر ان يكون له في ذمته شيء ، فان تذكر القاضي الواقعة ، وانه ثبت عنده هذا

---

(١٩٢) ق ظ : (وان رأى ان يشـهد على شـهادة من بقي من شـهوده فعل •••) وقد جعل هذا الفصل آخر المنقولات فيهما من كلام ابن أبي الدم اذ جاء فيهما ما نصه : (انتهى كلام ابن أبي الدم ملخصا رحمه الله تعالى) (انظر الورقة ١١٢/ب من نسخة ظ والصفحة ١٦٦ من نسخة ق •

(١٩٣) س : متصفا ، ب والمطبوعة : مشفعا وهو تصحيف •

(١٩٤) س : ولا يترك أحدا يحفظها غيره •

(١٩٥) لفظة (منه) سقطت من نسخة ب •

الحق[196] على المدعى عليه للمدعي ، وحكم عليه به ، أو ثبت عنده من غير حكم ، وعلم ذلك جملة وتفصيلا الزمه به •

[عدم الاعتماد على رؤية الخط]

[82] وان لم يتذكر الواقعة[197] لم يبن على مجرد خطه ، ولا يعتمد[198] على غلبة ظنه[199] ان هذا خطه •

وكذلك الشاهد لا يجوز له اداء شهادة تحملها[200] ثم نسيها اعتمادا على رؤية خطه •

هـذا متفق عليه عندنا[201] وعند ابي حنيفة[202] ، خلافا لابن

---

(196) ب : هذا هو الحق •
(197) وقع هذا الكلام في الورقة 110آ من النسخة ظ وفي الصفحة 163 من النسخة ق ، وقد جاء فيهما ما نصه : (فرع : الحاكم اذا لم يتذكر الواقعة لم يبن على مجرد خطه ••) •
(198) في نسخة س زيادة ثبتها محقق المطبوعة هنا ، فكانت العبارة فيهما على الوجه الاتي : (ولا يعتمد عليه ولا على غلبه ظنه) وهـذه الزيادة غير موجودة في الاصل ولا في ق ظ ب •
(199) س : على غلبة ظنه ثم يبني على خطه (وهو سهو) •
(200) س : أداء الشهادة اذا تحملها •
(201) قوله : (عندنا) أي عند الشافعية فانظر رأي الشافعية بشأن ذلك في : الام : 6/222 ، المختصر 5/243 ، البحر للروياني ج 6 الورقة 175/أ ، المهذب 2/306 ، نهاية المحتاج 8/247 •
(202) بشأن رأي أبي حنيفـة انظر كتاب شرح أدب القاضي للخصاف تأليف برهان الدين الصـدر الشهيد – بتحقيقنا 3/105 ، أدب القاضي للخصاف بتعليق الجصاص : الورقة 196أ كلاهما في باب القاضي يجد في ديوانه شيئا لا يحفظه ، مختصر الطحاوي 329 ، المبسوط 16/92 •

ابي ليلى(٢٠٣) وابي يوسف •

[٨٣] وذكر الامام(٢٠٤) صورة مختلفا فيها ، فقال :

كنا نراجع شيخنا الامام ابا محمد(٢٠٥) في رحل شهد بشهادة ، وكتبها في دستوره(٢٠٦) ، وقفل عليه(٢٠٧) قفلا ، وتحقق انه لم

---

(٢٠٣) ابن أبي ليلى : وهو محمد بن عبدالرحمن أبو عبدالرحمن القاضي الكوفي والفقيه المقرئ ، كان أبوه من كبار التابعين ، حدث ابن ابي ليلى عن الشعبي ونافع والحكم وغيرهم ، وحدث عنه السفيانان ووكيع وأبو نعيم وغيرهم ، عاصر ابا حنيفة وخالفه في كثير من المسائل الفقهية ، مما حمل أبا يوسف على ان يضع كتاب اختلاف العراقيين المسمى اختلاف أبي حنيفة وابن ابي ليلى الذي رواه الشافعي وعقب عليه ، وانتصر لابن أبي ليلى انتصارا كبيرا في أكثر مسائله ، فكان بمثابة الحكم بين اراء هؤلاء الائمة الثلاثة ، وهو مطبوع مع كتاب الأم للشافعي ، وطبع منفردا خاليا من تعليقات الشافعي بمطبعة الوفاء ١٣٥٧هـ بتحقيق ابي الوفا الافغاني انظر ترجمته وأخباره في طبقات الشيرازي ٦٤ تذكرة الحفاظ ١/١٧١ ، رقم ١٦٥ ، تهذيب التهذيب ٩/٣٠١ رقم ٥٠١ ، خلاصة تذهيب الكمال ٢٩٧ ، طبقات القراء لابن الجزري ٢/١٦٥ رقم ٣١١٤ ، الوافي بالوفيات ٣/٢٢١ ، وفيات الاعيان ٤/١٧٩ رقم ٥٦٤ ، أخبار القضاة ٣/١٣٠ ، وانظر رأيه في هذه المسألة في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى المطبوع مع الام جـ ٧ ص ١٣٧ ـ ١٣٨ •

(٢٠٤) الامام : هو امام الحرمين أبو المعالي عبدالملك الجويني وقد مرت ترجمته •

(٢٠٥) قوله : (كنا نراجع شيخنا الامام أبا محمد) قلت هو والده أبو محمد عبدالله بن يوسف الجويني الذي مرت ترجمته •

(٢٠٦) الدستور بالضم : دفتر تكتب فيه أسماء الجماعات أو الجنود ، أو الذي تجمع فيه قوانين الملك ، معربة ، جمعها دساتير انظر القاموس (دسر) ٢/٣٠ ، الالفاظ الفارسية المعربة ٦٢ •

(٢٠٧) ق : عليها •

تصل[٢٠٨] يد غيره اليه ، فهل له ان يشهد اذا لم يتذكر الشهادة والحالة هذه ؟

فكان يتردد في مثل هذه الصورة •

واختار غيره الجواز فيها •

وهذا بخلاف رواية الحديث ، فانه لا يشترط علم الراوي وتذكره لكل حديث يرويه عن شيخه [١٦/ب] انه سمعه منه تفصيلا • خلافا لابي حنيفة والصيدلاني من أصحابنا[٢٠٩] ، فانهما اشترطا ذلك كما في الشهادة ، والفرق واضح[٢١٠] •

فاذا لم يتذكر[٢١١] الحاكم الواقعة ، فأقام المدعي عنده بينة ، انه ثبت عنده ، وحكم به ، لم يسمع البينة ، ولا يعمل بها عندنا قولا واحدا

[تعقب القاضي حكم من قبله]

[٨٤] الخامس عشر :

قال الشافعي[٢١٢] :

ليس على القاضي[٢١٣] ان يتعقب حكم من قبله ، الى آخر كلام

---

(٢٠٨) س : لم يتصل بيد غيره •

(٢٠٩) ب : من أصحابهما •

(٢١٠) ب : والفرق اوضح •

(٢١١) ظ : فاذا لم يذكر •

(٢١٢) قول الشافعي تجده في الام ٢٠٨/٦ ، المختصر ٢٤٢/٥ ، وانظر أدب القاضي للماوردي ٦٩٠/١ •

(٢١٣) في الاصل : ليس للحاكم ان يتعقب •• وفي ب : ليس للقاضي •• وفي ق ظ جاءت العبارة على الوجه التالي : (اذا عزل حاكم وولي آخر مكانه فليس عليه ••) بسقوط كلام الشافعي وما أثبتناه عن نسخة س ، وهو الموافق لكلام الشافعي في المختصر والام •

المزني عنه[٢١٤] .

اذا عزل حاكم ، وولي آخر مكانه ، فليس عليه[٢١٥] ان يتعقب احكام من قبله ، لأن الظاهر من احكامه الصحة .

(٨٥) فان تعقب ذلك ، أو رفعت اليه ، نظر فيها : فما وجد منها مخالفا للنص[٢١٦] أو الاجماع أو القياس الجلي ابطله .

وان كان على وفق الشرع امضاه .

وان كان مجتهدا فيه لم ينقضه .

وهل يحكم بصحته وتنفيذه[٢١٧] اذا طلب منه ذلك ؟ أو يعرض عنه ؟

فيه قولان ، أصحهما عند القاضي حسين وغيره[٢١٨] امضاؤه .

---

(٢١٤) وكلام المزني عنه جاء على الصورة التالية : (وليس على القاضي ان يتعقب حكم من قبله وان تظلم محكوم عليه ممن قبله نظر فيه فرده أو انفذه على ما وصفت) مختصر المزني ٢٤٢/٥ وقد وصف ذلك بقوله قبل هذه العبارة : (قال الشافعي رحمه الله : من اجتهد من الحكام فقضى باجتهاده ثم رأى ان اجتهاده خطأ ، أو ورد على قاض غيره فسواء ، فما خالف كتابا أو سنة أو اجماعا ، أو ما في معنى هذا رده ، وان كان يحتمل ما ذهب اليه ويحتمل غيره لم يرده ، وحكم فيما استأنف بالذي هو الصواب عنده ..) (مختصر المزني ٢٤٢/٥) .

(٢١٥) س : اذا عزل حاكم واقيم آخر مكانه فليس له ان يتعقب ..

(٢١٦) س : مخالف للنص .

(٢١٧) ب والمطبوعة : وينفذه ، وما أثبتناه عن الاصل وعن س ، وفي ظ ق : لم ينقضه وينفذه اذا طلب ذلك منه .

(٢١٨) لفظه (وغيره) سقطت من س .

[٨٦] وقال الماوردي(٢١٩) :

لا يجب عليه ان يتعقب حكم الحاكم قبله • وهل يجوز له ان يتعقب ؟ فيه(٢٢٠) وجهان :

احدهما ، وهو قول أبي حامد الاسفرايني ، انه يجوز •

والثاني ، وهو قول جمهور(٢٢١) البصريين ، انه لا يجوز ان يتعقب(٢٢٢) من غير متظلم(٢٢٣) •

قال :

فاذا ذكرها متظلم له ، لم يحضر الحاكم الاول حتى يصفها ، [فان وصفها](٢٢٤) وذكر انه حكم بما خالف به الاجماع مثلا ، أو النص(٢٢٥) ، أو القياس الجلي هل يستحضره الآن قبل اقامة البينة على

---

(٢١٩) قول الماوردي تجده في أدب القاضي له ١/ ٦٩٠ ـ ٦٩٤ مع التصرف بالالفاظ •

(٢٢٠) س : فيه قولان •

(٢٢١) س والمطبوعة : وهو قول جمهور الاصحاب البصريين ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق وعن أدب القاضي للماوردي ١/٦٩١ •

(٢٢٢) ب والمطبوعة : يتعقبه ، وما اثبتناه عن الاصل ، وفي س ق : يتعقبها ، وهو الموافق لما في أدب القاضي للماوردي ١/٦٩١ ، وفي ظ : يبعثها •

(٢٢٣) س والمطبوعة : من غير تظلم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق وعن أدب القاضي للماوردي ١/٦٩١ •

(٢٢٤) الزيادة من سائر النسخ ومن أدب القاضي للماوردي ١/٦٩٢ وفيه : (فاذا وصفها) •

(٢٢٥) ق ظ : (بما خالف به نص الكتاب أو الاجماع أو القياس الجلي) وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب س ، وفي أدب القاضي للماوردي : (لمخالفته نص الكتاب أو السنة ، أو الاجماع ، أو القياس الجلي •••) ١/٦٩٢ •

ما ذكره ؟ فيه ثلاثة اوجه ، في الثالث : انه ان اقترن(٢٢٦) بدعواه امارة تدل على صحتها احضره ، والا فلا .

فان قلنا : انه يستحضره(٢٢٧) فاحضره ، استأنف المتظلم دعواه ، فان لم توجب غرما لم يسأل(٢٢٨) هذا الحاكم عن جوابها ، وان اوجبت غرما سأله ، فأن اعترف بـه الزمه ، وان انكر هل يجب احلافه ؟ فيـه وجهان(٢٢٩) .

[٨٧] ولو ادعى المتظلم انـه ارتشى منـه مالا على الحكم ، جـاز احضاره بهذه الدعوى واحلافه عليها(٢٣٠) .

* * *

(٢٢٦) ق ظ : الثالث (بسقوط : في) ان قرن .

(٢٢٧) ق ظ : يحضره . س : يحضره واحضره .

(٢٢٨) س ق ظ والمطبوعة : لم يسأله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(٢٢٩) الى هنا ينتهي الاقتباس من كلام الماوردي مع التصرف في الالفاظ وحذف التعليلات .

(٢٣٠) ورد في نسختي (ق ، ظ) بعد هذا مباشرة قوله : (فصل : ويجب على القاضي النظر في أمر المحبسين) وقد مر قبل قليل ، فانظر الورقة ١١٠ ب من نسخة ظ والصفحة ١٦٤ من نسخة ق .

الباب الثاني

في ما يجب[1] على الحاكم في الخصوم والشهود

وفيه تسعة فصول :

الفصل الأول

في وجوب انصاف الخصمين والتسوية بينهما

وفيه مسائل :

الاولى [١٧/أ] – [التسوية بين الخصمين] .

[٨٨] الحاكم مأمور بالعدل والانصاف بين المتحاكمين ، فيسوى بينهما في الاذن[2] بالدخول عليه معا ، ولا يفرد احدهما به .

[٨٩] وقال القاضي أبو الطيب :

يستحب له ان يسوى بينهما في دخولهما عليه ، وجلوسهما بين يديه ، واقباله عليهما ، واصغائه اليهما ، والحكم فيما بينهما .

وقال الشيخ أبو نصر :

ينبغي للقاضي استحبابا أن لا يخص أحد الخصمين بالاذن في الدخول

---

(١) س : فيما يجب على الخصوم والشهود ، وقد وقع هذا الباب في الورقة ٩٥/أ من نسخة ظ ، والصفحة ١٤٧ من نسخة ق ، وقد جاء العنوان فيهما : فصل آخر : الحاكم مأمور بالعدل والانصاف .

(٢) ظ : بالاذن .

بل يستحب ان يسوي بينهما في دخولهما عليــه واقباله عليهما واستماعه منهمــا ٠

[٩٠] قلت(٣) :

قد ذكر هذان الامامان ان ذلك مستحب ، لا واجب ، وجماعة من أصحابنا ذكروه(٤) بلفظة : « ينبغي» أو « الاولى » ، وهي قريبــة من الاستحباب ٠

والذي أراه في ذلك واجب عليه ، لأدلة كثيرة ظاهرة ، غير ان المنقول ما ذكرناه(٥) ولفظ الشيخ ابي اسحاق(٦) في المهذب(٧) : « وعلى

(٣) لفظة (قلت) من س ٠ وجاءت العبارة فيها : فذكر هذا الامام ان ذلك مستحب ، وفي ق ظ : قال ابن أبي الدم ذكر هذان الامامان ٠٠

(٤) ب : ذكره بلفظة ٠ ق ظ : ذكروا لفظة ٠

(٥) قوله : ان المنقول ما ذكرناه ، انظر بشأن آرائهم في هذه المسألة : مختصر المزني : ٢٤٥/٥ ، الام ٢٢١/٦ ، البحر : ج ٧ الورقــة ٢٥٠آ ، المهذب ٣٠٠/٢ ، نهــاية المحتاج ٢٤٨/٨ ، أدب القاضي للماوردي ٢٤٠/٢ ، الروضة ١٦١/١١ ، شرح روض الطالب من اسنى المطالب ٣٠٩/٤ ، وانظر ما كتبناه في ذلك بعنوان (المساواة بين الخصمين أمام القضاء) في مجلة احياء التراث العربي الاسلامي ، العدد الثالث السنة الاولى ١٩٧٧ ص ٤١ ــ ٦٠ ٠

(٦) الشيخ أبو اسحاق : هو ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز سنة ٣٩٣هـ ، ونشأ بها ، ثم دخل شيراز وتفقــه على أبي عبدالله البيضاوي ، ثم قــدم البصرة فبغداد ، وقرأ الاصول على أبي الطيب الطبري وغيره وكان ازهــد الناس آنذاك وأكثرهم اشتغالا بالعلم ، الى ان بلغ مبلغا من العلم فشدت الرحلة اليه ، وكثر تلاميذه ، له كتاب المهذب والتنبيه وطبقات الفقهاء واللمع في أصول الفقه وغيرها وكان طلق الوجه دائم البشاشة توفي سنة ٤٧٦هـ ببغداد انظر ترجمته وشيئا من اخباره وفقهه في طبقات السبكي ٢١٥/٤ رقم ٣٥٦ ، طبقات ابن هدايةالله (بيروت)

الحاكم(٨) ان يسوى بين الخصمين في الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما » ولفظة(٩) « على » للوجوب •

[٩١] فاذا دخلا لا يخص(١٠) احدهما بقيام •

قال الشيخ أبو علي :

بل اما ان(١١) يقوم لهما جميعا ، أو لا يقوم لواحد منهما •

وعندي : انه يكره القيام لهما(١٢) جميعا ، فانه قد يكون احدهما

---

١٧٠ وفيها مصادر ، تهذيب الاسماء واللغات ١/٢/١٧٢ رقم ٢٧٤ ، تبيين كذب المفترى ٢٧٦ ، العبر ٣/٢٨٣ ، المنتظم ٩/٧ ، وفيات الاعيان ١/٢٩ رقم ٥ ، طبقات الاسنوي ٢/٨٣ رقم ٦٧٢ •

(٧) المهذب : كتاب جليل غزير المادة الفه الشيخ أبو اسحاق وفق المذهب الشافعي بعبارة متينة بدأ بتصنيفه سنة ٤٥٥ ، وفرغ منه يوم الاحد الحادي والعشرين من جمادى الآخرة وقيل الاولى سنة ٤٧٢ ، وقد حاز على رضى الفقهاء الشافعية ، اذ استقصى الفروع وعللها ، فاعتنى بشأنه فقهاؤهم بالشرح والاختصار والتعليق ، وشرح المشكل ، وتخريج الاحاديث ، ومن شروحه : المجموع للنووي ولم يكمله فتناوله السبكي ولم يكمله أيضاً ، وقد طبع باكمال المطيعي طبعتين ، فانظر بشأن كتاب المهذب : كشف الظنون ٢/١٩١٢ وانظر : Brock. S. 1:669

(٨) في الاصل وفي ب : وعلى القاضي وما اثبتناه عن س ق ظ ، وعن كتاب المهذب ٢/٣٠٠ ، وقال في التنبيه : ويسوى بين الخصمين في الدخول والمجلس والاقبال عليهما والانصات اليهما •• (التنبيه ١٥٣ ـ ١٥٤) •

(٩) ظ : ولفظه دال على الوجوب • ق : وهو دال على الوجوب •

(١٠) ق ظ : لم يخص •

(١١) ب : اما يقوم •

(١٢) في الاصل وفي نسخة ب : يكره لهما القيام ، وما اثبتناه عن س ق ظ وهو اختيار محقق المطبوعة •

شريفا ، والآخر وضيعاً ، فاذا قام لهما علم الوضيع ان قيامه للشريف ، وكذلك يعلمه[١٣] الشريف فيزداد تيهـا ، ويزداد الوضيع كسرا ، وترك[١٤] القيام لهما أقرب الى العدل[١٥] ، وانفى للتهم[١٦] .

وعلى هذا مضت[١٧] سير[١٨] الحكام الماضين :

فقد[١٩] روى ان المهدى أمير المؤمنين [محمد][٢٠] بن المنصور تقدم مع خصوم[٢١] له ، وهو أمير المؤمنين الى قاضي البصرة عبدالله بن الحسن العنبري[٢٢] ، فلما رآه [القاضي مقبلا[٢٣]] اطرق الى الارض

---

(١٣) س ب ق : يعلم .

(١٤) س : فترك ، وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق .

(١٥) نقل الخطيب الشربيني هذه العبارة ونسبها لابن أبي الدم ، انظرها في مغني المحتاج ٤/٤٠٠ .

(١٦) ظ ق : للتهمة .

(١٧) قرأ محقق المطبوعة هذه اللفظة في نسخة ب (نصت) وليس كما قال ، بل هي كما اثبتناه .

(١٨) س : سير الماضين .

(١٩) في الاصل وفي نسخة ب : وقد .

(٢٠) الزيادة من ب ومن تاريخ الخلفاء للسيوطي ٢٧١ ومن ق ظ ، وقد سقطت من الاصل ومن س .

(٢١) س : على خصوم .

(٢٢) عبدالله (كذا في الاصل وفي ب س ق ظ) أو عبيدالله بن الحسن بن الحصين بن مالك بن الخشخاش .. التميمي العنبري البصري الفقيه ، كان قاضي البصرة بعد سوار بن عبدالله القاضي ، سمع داود بن أبي هند ، وخالدا الحذاء وغيرهما ، وروى عنه عبدالرحمن ابن مهدي ، وخالد بن الحارث ، ومحمد بن عبدالله الانصاري ، روى له مسلم في صحيحه وكان محمودا ثقة على جانب كبير من رجاحة العقل وسداد الرأي ، وكان من سادات البصرة فقها وعلما ، توفي

حتى جلس المهدى مع خصومه مجلس المتحاكمين ، فلما انقضت الخصومة[24] بينهم قام القاضي[25] فوقف بين يديه ، فقال له المهدى : والله لو قمت حين دخلت عليك لعزلتك ، ولو لم تقم [حين انقضى الحكم][26] لعزلتك[27] .

والمهدى اخذ هذا من ابيه ، فان اباه فعل هكذا[28] بالمدينة عند قاضيها[29] ، وكلاهما اقتفى[30] اثر علي بن ابي طالب كرم الله وجهه

سنة ١٦٨هـ ، وانير للام حول رأيه في اصابة المجتهد في الاصول والفروع ، فانظر ترجمته وشيئا من أخباره في أخبار القضاة ٢/٨٨ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٣١١ رقم ١٧٧ ، تاريخ بغداد ١٠/٣٠٦ رقم ٥٤٥٦ ، تهذيب التهذيب ٧/٧ – ٨ رقم ١٢ ، الكامل لابن الاثير ٦/٨٠ ، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٢٤٦ – ٢٥٠ ، وبشأن رأيه في تصويب المجتهدين ، انظر أدب القاضي للماوردي ١/٥٢٤ الفقرة ١٢١٣ وفي هامشها مصادر عن رايه في هذه المسألة .

(٢٣) الزيادة من س ق ظ ، وقد سقطت لفظة (مقبلا) من ب .

(٢٤) ب والمطبوعة : الحكومة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .

(٢٥) س : قام القاضي بين يديه .

(٢٦) الزيادة من سائر النسخ .

(٢٧) انظر قصة عبيدالله بن الحسن العنبري مع المهدي العباسي في أدب القاضي للماوردي ١/٢٤٨ – ٢٤٩ رقم الفقرة ٢٩٣ ، والبحر للروياني ج ٦ الورقة ٨٥ ب .

(٢٨) س : فعل هذا . والفقرة المبدوءة بقوله : والمهدى أخذ هذا عن أبيه فان أباه فعل هكذا .. الى آخر العبارة ، وهي قوله : (والقصة مشهورة) سقطت من ق ظ .

(٢٩) حين رفع الحمالون دعوى عليه عند قاضي المدينة محمد بن عمران الطلحي عندما قدم المنصور حاجا فاستدعاه القاضي ، ولم يقم له في أول الامر حتى انتهت الخصومة بان قضى عليه لهم ، فانظر أخبار القضاة ١/١٩٣ ، والوزراء والكتاب ١٣٧ – ١٣٨ .

(٣٠) س والمطبوعة : اقتفيا .

مع شريح[٣١] والقصة مشهورة[٣٢] •

[٩٢] نعم ، ان دخل[٣٣] خصم ذو هيئة[٣٤] ، فقام له القاضي ، اما ظنا منه انه لم يات محاكما ، أو جهل ذلك ، أو ارتكب المحذور فيه ،

---

(٣١) شريح : هو أبو امية شريح بن الحارث الكندي القاضي ، أحد التابعين المشهورين باصابه القضاء وحل المعضلات ، استقضاه عمر على الكوفة ، وأقره الخلفاء بعده عليها فبقي على قضائها ستين سنه الى زمن الحجاج ، توفي سنة ٧٨هـ وله ١٢٠ سنه تما في تاريخ البخاري قسم ٢ ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ رقم ٢٦١١ ، وكان قائفا شاعرا عالما بالفقه والفرائض ، انظر ترجمته وأخباره في أخبار القضاة ٢/١٨٩ ، طبقات ابن سعد ٦/٥٠ - ٥٦ ، البدايه والنهاية ٣/٧٧ ، حلية الاولياء ٤/١٣٢ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٢٤٤ رقم ٢٤٩ ، تذكرة الحفاظ ١/٥٩ رقم ٤٤ ، تقريب التهذيب ١/٣٤٦ رقم ٥١ •

(٣٢) يشير الى قصة احتكام علي ويهودي الى شريح في درع فقدها الامام علي فوجدها عنده فلما طلب شريح البينة أتى الامام بابنه الحسن وخادمه قنبر ، فقال شريح : يا أمير المؤمنين شهادة الابن لا تجوز ، فقال علي : سبحان الله ، رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته • فقال اليهودي : أمير المؤمنين قدمني الى قاضيه وقاضيه يقضي عليه ، اشهد ان هذا الدين حق ، واشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ، وان الدرع درعك يا أمير المؤمنين سقطت منك ليلا ، فانظر الخبر في أخبار القضاة ٢/٢٠٠ ، وقابل ذلك بما ذكره فيه في ٣/١٩٤ - ١٩٥ ، ورواه البيهقي (السنن الكبرى ١٠/١٣٦) ، والكامل لابن الاثير ٣/٤٠٧ ، أبو نعيم في الحلية ٤/١٣٩ - ١٤٠ ، وقد رواه الامام أحمد والحاكم وغيرهما (تلخيص الحبير ٤/١٩٣ رقم ٢١٠٥) وانظر بحثنا : المساواة بين الخصمين امام القضاء (مجلة التراث العربي الاسلامي العدد الثالث من السنة الاولى ١٩٧٧ ص ٢٥٩) •

(٣٣) س : لو دخل •

(٣٤) ظ : ذو هيبة •

فأما ان يقوم لخصمه [١٧/ب] كقيامه له ، جبرا لما فعله ، أو يتعذر اليه بأنه [قام له ، و][٣٥] لم يشعر بمجيئه مخاصما[٣٦] .

[٩٣] ثم ان دخلا ، وسلما معا ، ردّ عليهما السلام جملة .

وان دخل واحد وسلم ، فهل يرد عليه السلام قبل [دخول][٣٧] خصمه ، أو قبل سلامه ، ففيه[٣٨] وجهان .

[٩٤] ثم يجلسهما الحاكم[٣٩] أو الحاجب يأمرهما بالجلوس بين يديه ، ويقبل عليهما ، ويصغي اليهما على السواء .

هذا اذا كانا مسلمين .

وان كانا شريفين فلا بأس ان يجلس[٤٠] احدهما عن يمينه والآخر عن شماله[٤١] . والاولى ان يجلسهما بين يديه تعظيما لحكم الله تعالى .

[٩٥] اما اذا كان احدهما مسلما والآخر ذميا ، فهل يرفع المسلم عليه ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم .

ولو كانا كافرين سوّى بينهما .

---

(٣٥) الزيادة من س ظ ق ، وقد سقطت من الاصل ومن ب .
(٣٦) ق ظ : محاكما .
(٣٧) الزيادة من ب س ق ظ .
(٣٨) ب والمطبوعة : فيه ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .
(٣٩) ب س ق ظ والمطبوعة : ثم يجلسهما الحاجب أو الحاكم ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٤٠) العبارة (ان يجلس) سقطت من س .
(٤١) س ق ظ : عن يساره .

المسألة الثانية[٤٢] [احضار الخصمين] .

[٩٦] اذا استعدى الحاكم رجل على رجل ، [وطلب منه احضاره][٤٣] الى مجلس الحكم ، لمخاصمته[٤٤] ، بعث الحاكم اليه رجلا من اعوانه[٤٥] ، أو خاتمه ، أو طينا مختوما بخاتمه الى المطلوب لاحضاره .

ويجب على المدعو الاجابة ، الا ان يوكل أو يقضي الحق الى الطالب[٤٦] .

فان امتنع من ذلك كله بعث الحاكم الى صاحب الشرطة ، وعرفه[٤٧] ذلك ليحضره اليه .

فاذا حضر[٤٨] عزره على امتناعه بما يليق به ان لم يبد عذرا .

[٩٧] ولو استدعى رب الدين المدين[٤٩] الى حضور مجلس

---

(٤٢) سقطت هذه المسألة كلها من ظ ق ، وانتقل الكلام فيهما الى المسألة الثالثة ، دون ذكر العنوان بقوله : ولو كانا كافرين سوى بينهما ، واذا جلسا بين يديه فان بدر واحد .. الخ .

(٤٣) الزيادة من س ب .

(٤٤) س : لمخاصمة .

(٤٥) ب والمطبوعة : من اجريائه ، س : من اجرائه .

(٤٦) س : للطالب .

(٤٧) ب والمطبوعة : عرفه (بسقوط الواو) .

(٤٨) س : فان احضره .

(٤٩) لفظة (المدين) سقطت من متن ب ، وثبتها مصححها على حاشيتها ، وقد ورد في حاشية الاصل تعليقات لاحد الناسخين نصها : (قوله : ولو استدعى رب الدين الى آخره ، يراجع ابن النقيب فان فيه وفي المهذب وفي الحاوي : اذا طلب احد الخصمين من الآخر حضور مجلس الحكم لزمه الحضور ، لكن في موضع آخر من الحاوي انه ان خرج

الحكم لم تلزمه اجابتـه ، بل يلزمه قضاء الدين ، بخلاف اجـابة داعي الحاكم(٥٠) .

[هكذا(٥١) ذكره المراوزة .

وقال العراقيون :

اذا كان بين اثنين حكومة ، ودعا احدهما الآخر الى مجلس الحاكم ، وجبت عليه الاجابة لقوله تعالى : « انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا »(٥٢) .

قلت :

ويمكن ان يقال : لا خلاف بين الطريقتين : فالذي ذكره المراوزة فيما اذا قال : عليك كذا ، فاحضر معي الى الحاكم لم يلزمه الحضور ، وانما عليه قضاء الدين اذا كان معترفا به ، والذي قاله العراقيون : اذا قال له : بيني وبينك محاكمة ، ولم يعلمه بهـا ليخرج عنها ، فيجب عليـه الحضور ، لانه اذا لم يعلمه بها ، لا يمكنه ان يخرج اليه منها ، فاما ان اعلمه بالحق الذي يطالبه به ، ولم يعرف له به ، فهذا موضع النظر هل

اليه من حقه فذاك والا لزمه الحضور معه ان كان على مسافة دون يوم وليلة وان كان أكثر لم يلزمه الا بالاستحضار) انتهى . قلت وابن النقيب المشار اليه هو أحمد بن لؤلؤ بن عبدالله أبو العباس شهاب‌الدين المتوفى ٧٦٩هـ المترجم له في حسن المحاضرة ٤٣٤/١ رقم ١٧٧ ، طبقات الاسنوي ٥١٤/٢ ، وانظر عن المسألة أدب القاضي للماوردي ٣٢٢/٢ الفقرة ٣٢٦٦ وما بعدها ، والمهذب ٣٠١/٢ .

(٥٠) س : داعي القاضي .

(٥١) يبتدىء من هـذا الموضع ما سقط من الاصل ومن س ، واثباته عن ب .

(٥٢) سورة النور : ٥١ .

يجب عليه ان يحضر معه باستدعائه ؟

هذا لم يفصله الاصحاب من الطرفين ، والتردد فيه ظاهر لا سيما اذا لم يعلم ان له عليه حقا . واما الآية فيمكن(٥٣) حملها على اجابة داعي الحاكم ، ولا خلاف في وجوب اجابته](٥٤) .

المسألة الثالثة

[سؤال الخصمين]

[٩٨] اذا جلسا بين يديه ، فان بدر(٥٥) واحد بالدعوى سمعها ، وقال للآخر : ما تقول في دعواه ؟

وقيل : يسكت حتى يجيب الآخر .

وليس بشيء ، لانه لو ترك(٥٦) وجوابه لم يجب .

وان سكتا فلا بأس ان يقول الحاكم لهما : من المدعي منكما ؟ أو ما خطبكما ؟

وقيل : يسكت ولا يقول شيئا ، فان ادعى واحد منهما ، والا اقيما(٥٧) من مكانهما .

---

(٥٣) في أصل نسخة ب وردت اللفظة ملوثة لا تبين وقد بينها مصححها في الحاشية بلفظة (يمكن) فاضفنا الفاء اليها لربط الجواب .

(٥٤) الكلام المحصور بين المعكوفين ساقط من الاصل ومن نسخة س ، واصل المسألة الثانية ساقط من نسخة ق ظ ، وما اثبتناه عن نسخة ب فقط وقد وقع في نهاية الورقة ١٤/ب منها فليلاحظ .

(٥٥)ب والمطبوعة : فان بادر احدهما ... وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ ق س .

(٥٦) س : لو ترك جوابه ، وقد سقطت هذه العبارة من ق ظ .

(٥٧) ق : اثيرا .

قال الشافعي :
ويكره للقاضي ان ينتهرهما[(٥٨)] •

لأنه اذا فعل ذلك بهما لحقهما حصر وخوف وانقطاع عن حجتيهما •
(٩٩) ثم اذا ادعى[(٥٩)] واحد منهما فاضطرب في دعواه فالاصح انه لا يلقنه صحة دعواه •

وقال أبو سعيد الاصطخري[(٦٠)] : لا بأس بالتلقين[(٦١)] في الدعوى ،

---

(٥٨) س ظ ق والمطبوعة : ينهرهما ، وهو الموافق لما في مختصر المزني ٥/٢٤٥ ، وعبارة الشافعي كما في المختصر « قال الشافعي رحمه الله : ينبغي للقاضي ان ينصف الخصمين في المدخل عليه للحكم والاستماع والانصات لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته ولا ينهرهما ولا يتعنت شاهدا ، ولا ينبغي ان يلقن واحدا منهما حجة ولا شاهدا شهادة » وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن أدب القاضي للماوردي الذي ينقل عبارة الشافعي ويشرحها ٢/٢٤٠ الفقرة ٢٩٣٤ وما بعدها ، وانظر بشأن رأي الشافعي في هذه المسألة الأم ٦/٢٢١ ، البحر جـ ٧ الورقة ٥٠/أ المهذب ٢/٣٠٠ ، نهاية المحتاج ٨/٢٤٨ •

(٥٩) ق : ثم اذا ادعى احدهما •

(٦٠) أبو سعيد الاصطخري : وهو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى منسوب الى اصطخر ، أحد الائمة المذكورين ، ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين ، وكان ورعا زاهدا متقللا ، وولي قضاء قم وسجستان وولي الحسبة ببغداد ، ألف كتابا في أدب القضاء لم يؤلف بعده أحد الا نقل عنه ، توفي سنة ٣٢٨هـ ودفن بباب حرب انظر ترجمته وأخباره في تهذيب الاسماء واللغات ١/٢/٢٣٧ رقم ٢٥٦ ، تاريخ بغداد ٧/٢٦٨ رقم ٣٧٥٣ ، طبقات الشيرازي ٩٠ ، طبقات العبادي ٦٦ ، طبقات السبكي ٣/٢٣٠ رقم ١٦٥ ، طبقات الاسنوي ١/٤٦ رقم ٢٧ ، الفهرست ٢١٣ ، طبقات ابن هدايةالله (بغداد) ١٧ ، العبر ٢/٢١٢ ، الانساب الورقة ٤١ ب ، طبقات ابن قاضي شهبة : الورقة ١٠ ب •

(٦١) س : لا بأس بتلقين الدعوى •

لانه لا ضرر على خصمه في ذلك [١٨/أ] •

هــذا كلــه اذا حضـر الخصـمان بانفســهما بين يدى الحـاكم للحكومة(٦٢) •

[١٠٠] فاما اذا استعدى الحاكم رجل على رجل ، اعداه عليه ، سواء عرف بينهما معاملة ، أو لم يعرف •

[١٠١] ومعنى اعدائه(٦٣) عليه : انـه يبعث(٦٤) رجلا معـه من أعوانه لاحضار خصمه •

وقيل :

ان كانت العادة جرت بانفــاذ ختم يختمه القاضي على شمع ، أو طــين ، أو خط من الحاكم الى المدعو(٦٥) ، حتى اذا رآه حضر عنـد الحاكم ، فعل •

[١٠٢] ثم استحب بعض الائمة ان الخصم اذا استعدى القاضي على خصم ان يقول له القاضي : ما الذي تدعي عليه به(٦٦) ؟ فان ذكر انه يطلب منه امرا يجوز طلبه شرعا عند هذا الحاكم اعداه •

وان ذكر ما لا يجوز طلبه(٦٧) ، كثمن كلب ، أو قيمة خمر لذمي ، لم يعده •

---

(٦٢) ظ ق : للحكم •
(٦٣) س : ومعنى اعداه ••
(٦٤) س : ان يبعث معه رجلا • ق ظ : ان يبعث اليه رجلا من اعوانه •
(٦٥) ظ : الى المدعى عليه • وقد سقطت هذه العبارة من ق •
(٦٦) (به) سقطت من س ظ ق •
(٦٧) ظ : فان ذكر ما لا يرى جواز طلبه ، وفي س : فان ذكر ما لا يرى جواز طلبه •• بضبط كلمة (مالا) وقد سقطت هذه العبارة من ق ،

وهذا حسن بالغ[٦٨] •

[١٠٣] ولو حضر خصمان متسابقان[٦٩] ، فالدعوى للسابق ، ولو تساويا[٧٠] ، وتشاحا في التقديم ، اقرع بينهما ، الا ان يكون احدهما مسافرا فيقدم المسافر على الاصح[٧١] ، وفيه وجه انه لا يقدم[٧٢] بالسفر أصلا •

ولو كانوا جماعة ، وفيهم مسافرون[٧٣] قلة قدمهم •

وان كثروا فكانوا مثل الحاضرين أو أكثر كالحجيج اذا نزلوا بمكة ، أو بالمدينة ، سوى بينهم •

[١٠٤] ثم اعلم انه تسمع دعوى كل مدع على كل انسان مكلف ، بحق صحيح ، سواء كان المدعى عليه جليلا ، أو حقيرا ، كالسوقي[٧٤] العامي[٧٥] اذا ادعى على السلطان القاهر حبّة من ذهب ، تسمع دعواه •

وجاءت العبارة فيها : فان ذكر انه يطلب منه أمرا يجوز طلبه عنده أعداه والا فلا ، وهو حسن ••

(٦٨) لفظة (بالغ) سقطت من س ق ظ •

(٦٩) س ظ : متسابقين ، ق : متساوقين •

(٧٠) ب والمطبوعة : ولو تساوقا ، س : وان تساوقا ، ظ ق : وان تساويا ، وما اثبتناه عن الاصل •

(٧١) ق ظ : في الاصح •

(٧٢) ب والمطبوعة : لا تقديم • وما اثبتناه عن الاصل وعن س ، وقد سقطت الجملة (وفيه وجه انه لا يقدم بالسفر أصلا) من ق ظ •

(٧٣) لفظة (مسافرون) سقطت من النسخ ومن المطبوعة واثباتها عن الاصل •

(٧٤) ب ظ والمطبوعة : كالسوقة ، وقد سقطت هذه اللفظة من ق ووضع بدلها لفظة : (كالعامي) •

(٧٥) ظ والمطبوعة : والعامي بزيادة واو •

وقال أبو سعيد الاصطخري :

لا تسمع دعواه والحالة هذه ، لأن[٧٦] العرف يكذبه ٠

قال الامام :

[وقال][٧٧] الاصطخري[٧٨] : اذا ادعى سفلة على ملك انه افرضه مالا ، أو أنكحه ابنته ، أو استأجره لسياسة دوابه ، لا تسمع دعواه ، اخذا من حال[٧٩] المدعى عليه ٠

قال الامام :

ولا يسوغ في الدين تشويش القواعد بمثل هذه الوساوس ٠

[١٠٥] ثم اذا قدم واحد[٨٠] في دعواه بالقرعة ، فانما يقدم بدعوى واحدة ٠

وهل يقدم بدعويين[٨١] أو ثلاث ؟

قال القاضي حسين :

---

(٧٦) ظ ق : فان ٠
(٧٧) الزيادة من س ومن مصحح ب ٠
(٧٨) العبارة : (لا تسمع دعواه والحالة هذه لأن العرف يكذبه قال الامام وقال الاصطخري) سقطت من متن ب وثبتها مصححها على حاشيتها ٠
(٧٩) ب والمطبوعة : اخذا من حد المدعى عليه ٠ وفي س : اخذا من المدعى عليه (بسقوط لفظة : حال) وهذه العبارة اعني قوله (اخذا من حال المدعى عليه) سقطت من ق ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ ٠
(٨٠) س : قدم واحدا ٠
(٨١) ب والمطبوعة وكذا في س ظ ق : (بدعوتين) بالتاء وهو سهو ، لانها تثنية (دعوى) وليست تثنية (دعوة) وما اثبتناه عن الاصل ٠

يحتمل وجهين ، فان جوزنا الزيادة[٨٢] ، فلا زيادة على الثلاث • وكل هذا بعيد[٨٣] •

والاصح ان لا يقدم[٨٤] الا في خصومة واحدة [١٨/ب] •

المسألة[٨٥] الرابعة :

[اكرام الشهود]

(١٠٦) اذا احضر المدعي شهوده[٨٦] استحب للقاضي اكرامهم ، ويكره[٨٧] له ان يتعنتهم[٨٨] أو ينتهرهم •

قال القاضي أبو الطيب :

قال أصحابنا : [التعنت][٩٨] ان يفرقهما مع سدة[٩٩] عقولهما ، ووفور[١٠٠] ذكائهما[١٠١] •

---

(٨٢) لفظة (الزيادة) سقطت من س ب ق ظ ومن المطبوعة ، واثباتها عن الاصل •

(٨٣) س : وهل هذا تعبد (وهو تصحيف) وفي ق : وهذا بعيد •

(٨٤) ب ق والمطبوعة : لا تقديم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ظ •

(٨٥) ق ظ : فصل : اذا احضر المدعى ••

(٨٦) ق : شهودا يستحب •

(٨٧) ق ظ : ويكره ان •

(٨٨) ظ : ان يتعسفهم •

تنبيه :

حصل سهو في تسلسل أرقام الاحالات هنا اذ انتقلت من ٨٨ الى ٩٨ مباشرة ولم يحصل نقص في الكلام فمعذرة •

(٩٨) الزيادة من سائر النسخ ، وفي س : التعنت هو ان •

(٩٩) س والمطبوعة : مع وفور عقولهما ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق •

(١٠٠) س والمطبوعة وشدة •

(١٠١) س : ديانتهما •

وقال الشافعي[١٠٢] رضي الله عنه :

لا ينتهر الشاهد ، ولا يتعتعه والتعتعة ان يتلجلج الشاهد في كلامه •

يريد : لا يحــوجه القاضي بانتهــاره الى[١٠٣] ان يتعتع[١٠٤] في كلامه ، ولا[١٠٥] ان يلجلجه فيه ، بصياحه[١٠٦] عليه •

وقــد روى القاضي أبو الطيب ان شاهدا شــهد عنــد أبي عمــر القاضي[١٠٧] ببيع بستان فقال له القاضي : كم نخلة في البستان ؟ فقال

---

(١٠٢) انظر كلام الشافعي في مختصر المزني ٥/٢٤٥ ، الام ٦/٢٢١ ، أدب القاضي للماوردي ٢/٢٤٠ الفقرة ٢٩٣٤ وما بعدها ، المهذب ٢/٣٠٠ •

(١٠٣) العبارة : ان يتلجلج الشاهد في كلامــه يريد لا يحــوجه القاضي بانتهاره الى) سقطت من نسخة س ، فجاءت العبارة فيها : (والتعتعة ان يتعتع ••) •

(١٠٤) ب والمطبوعة : (يتتعتع) وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ •

(١٠٥) ب : ولا يلجلجه (بسقوط لفظة : ان) •

(١٠٦) في المطبوعة : بصياحة (بتاء مربوطة) وهو تصحيف مطبعي •

(١٠٧) أبو عمر القاضي ، وهو محمد بن يوسف بن يعقوب بن اسماعيل ابن حمــاد بن زيد بن درهــم الازدي المالكي المتوفى ٣٢٠هـ قاضي بغداد زمن المعتضد والمقتدر وقد ولي القضاء في أماكن عديدة وكان ثقة فاضلا بل عده الخطيب لا نظير له عقلا وحلما وذكاء في الحكام مع التمكن واستيفاء المعاني الكثيرة باللفظ اليسير والمعرفة لاقدار الناس ومواضعهم وحسن التأني في الاحكام والحفظ لما يجرى على يده ، وقد أثنى عليه من ترجم له فانظر ترجمته وأخباره في أخبار القضاة ٣/٢٨٥ ، ٢٩٣ ، تاريخ بغداد ٣/٤٠١ رقم ١٥٣٠ ، والعبر ٢/١٨٣ ، والبداية والنهاية ١١/١٧١ ، الديباج المذهب ٢/١٨١ رقم ١٩ ، شجرة النور الزكية ١/٧٨ رقم ١٢٩ ، النجوم الزاهرة ٣/٢٣٥ ، الاعلام ٧/١٤٨ • وقد رجح محقق المطبوعة ان يكــون المراد بذلك شخصا آخر يكنى بأبي عمر أيضا وهو القاسم بن جعفر

له : لا اشك في ان القاضي اعلم بداره مني بذلك البستان ؟ فقال له : نعم ، فقال له : فكم(١٠٨) فيها [من](١٠٩) جذع ؟ فسكت عنه ، وحكم بشهادته لما ظهر من وفور عقله وتحصيله ٠

وحكى الشيخ أبو علي(١١٠) في شرحه الكبير(١١١) : ان رجلين من السواد شهدا عند القاضي يحيى بن اكثم(١١٢) ببستان فيهما

ابن عبدالواحد بن العباس العباسي الهاشمي البصري الذي ولي قضاء البصرة المتوفى سنة ٤١٤هـ المترجم له في تاريخ بغداد ٤٥١/١٢ رقم ٦٩٣٥ ، طبقات السبكي ٣١٠/٥ رقم ٥٣١ ، البداية والنهاية ١٧/١٢ ، العبر ١١٧/٣ ، شذرات الذهب ٢٠١/٣ لسببين : الاول لأن راوي القصة وهو أبو الطيب الطبري المتوفى ٤٥٠هـ قد عاصر القاسم بن جعفر والثاني لأن كليهما من الشافعية ٠ ولكن المشتهر بهذه الكنية هو الاول ، فانظر على سبيل المثال تاريخ الطبري ٨٦/١٠ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٨ ، ١٤١ ، وفيات الاعيان ١٤٣/٢ ، ١٤٤ ، ٣٣١/٤ ، ٤١٦/٦ وفوات الوفيات ٣٥٣/٣ ، وغيرهم فكانوا اذا ذكروا ابا عمر القاضي فانما يعنون به محمد بن يوسف ، ولأنه كان قاضيا في بغداد زمنا طويلا اشتهرت فيها سيرته وأخباره ، في حين ان القاسم بن جعفر كان في البصرة وقد جاء الى بغداد فشهد عند القضاة ورجع الى البصرة ومكث هناك حتى توفي ٠

(١٠٨) في الاصل وفي ق ظ : كم ، وما اثبتناه عن ب س ٠

(١٠٩) الزيادة من س فقط ٠

(١١٠) الشيخ أبو علي : هو الحسين بن شعيب السنجي المتوفى ٤٣٠هـ الذي مرت ترجمته ٠

(١١١) شرحه الكبير : هو شرحه لمختصر المزني الذي يسميه امام الحرمين بالمذهب الكبير ، وهو كتاب جليل في الفقه الشافعي ، فانظر عنه طبقات الشافعية الكبرى ٣٤٤/٤ ، كشف الظنون ١٦٣٥/٢ ٠

(١١٢) يحيى بن اكثم بن محمد بن قطن بن سمعان بن مشنج من ولد اكثم ابن صيفي التميمي أبو محمد ، سمع عبدالله بن المبارك وحفص بن عبدالرحمن النيسابوري وغيرهما ، وروى عنه البخاري وأبو حاتم

نخل[113] ، فأراد امتحانهما وثبوت عقلهما[114] ، فقال : كم عـدد النخيل فيها ؟ فقـالا : لا ندري ، فقـال : اتشهدان على ما لا تدريان ؟ فقالا[115] : كم في هذا المسجد من الاسطوانات ؟ [فقال : لا أدري ، فقـالا : لو غصبه رجل[116] ، اما كان يحل لك ان تشـهد بأن فيـه اسطوانات ؟][117] .

والمقصود ان الشهود ان كانوا وافري العقل ، أو فقهاء ، فلا يفرقهم ولا يطالبهم في سؤاله بما لا يلزمهم ذكره ، كقوله : في أي وقت شهدتم ؟

الرازي وغيرهما ، وكان عالما بالفقه بصيرا بالاحكام ، ولاه المأمون القضاء ببغداد ، ثم كان قاضيا للقضاة ، وكانت له مواقف محمودة في القضاء والفتوى ، وكان سليما من البدع ، وقف في وجه المأمون في محنة خلق القرآن ، وفي مسألة نكاح المتعة ، وله كتب في الفقه والاصول ، وهو الذي استصغره مشايخ البصرة حين ولي قضاءها ، فأجابهم حين سألوه عن سنه قائلا سن عتاب بن اسيد حين ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم على مكة ، ولمواقفه في ذلك الظرف الدقيق اثيرت حوله بعض الشبهات توفي سنة ٢٤٢هـ بالربذة على طريق الحج ، انظر أخباره في أخبار القضاة ١/٢٦٠ ، ٢/١٦٠ ــ ١٦٧ ، ٣/٢٧٢ ، ٢٧٣ ــ ٢٧٤ ، تاريخ بغداد ١٤/١٩١ رقـم الترجمة ٧٤٨٩ ، الجواهر المضية ٢/٢١٠ ، رقـم الترجمة ٦٦١ ، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٤٢١ ، ميزان الاعتدال ٤/٣٦١ ، وفيات الاعيان ٦/١٤٧ رقم الترجمة ٧٩٣ ، طبقات الحنابلة ١/٤١٠ وفيهـا انه حنبلي ، الفـوائد البهيـة ٢٢٤ ، وطبقـات المفسرين للداوودي ٢/٣٦٢ رقم ٦٧٨ .

(١١٣) س ق : نخيل .

(١١٤) ب والمطبوعة : عقليهما ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .

(١١٥) ظ : فقال .

(١١٦) ق ظ : لو غصبه غاصب .

(١١٧) الزيادة من سائر النسخ .

وفي أي مكان ؟ ومع من كنتم ؟ وماذا كنتم[118] ؟ ولا يصيح عليهم ولا يقطب في وجوههم ، ولا يزيد في الاستقصاء بما يشق عليهم ، فان ذلك يمنعهم من تحمل الشهادة ، ومن أدائها ، فقد روى القاضي أبو الطيب ان رجلا شهد عند علي بن عيسى[119] ، فقال له : اين شهدت ؟ قال : في فضاء وسعني ووسع المشهود له والمشهود عليه ، فقبل شهادته .

[تفريق الشهود]

[١٠٧] اما ان كان الشهود أغبياء جهلة[120] ، يظن بهم خبل وقلة[121] ضبط [وحفظ][122] ونقص رأي ، وعدم تثبت في الشهادة ،

---

(١١٨) في سائر النسخ وفي المطبوعة : وماذا اكلتم ، وما أثبتناه عن الاصل .

(١١٩) علي بن عيسى بن داود بن الجراح ، أبو الحسن وزير المقتدر بالله والقاهربالله ، سمع أحمد بن بديل الكوفي ، والحسن بن محمد الزعفراني وغيرهما ، وكان صدوقا دينا فاضلا عفيفا في ولايته ، محمودا في وزارته كثير البر والمعروف مع أهل العلم اضطربت حياته فنفاه المقتدر الى مكة واعاده ونقم عليه مرة أخرى ، ثم اعاده ، له من الكتب : جامع الدعاء ، ومعاني القرآن وتفسيره اعانه عليه ابن مجاهد المقرىء وغيره ، وديوان رسائل ، وكتاب الكتاب وسياسة المملكة وسيرة الخلفاء وغير ذلك توفى ببغداد ٣٣٤ وقيل ٣٣٥هـ فانظر الفهرست ١٩٢ ، تاريخ بغداد ١٢/١٤ ـ ١٦ رقم ٦٣٧٦ ، معجم الادباء ١٤/٦٨ ، البداية والنهاية ١١/٢١٧ ، الكامل لابن الاثير ٦/١٢١ ، معجم المؤلفين ٧/١٦١ ، الاعلام (ط ٤) ٤/٢١٧ وفيه ان للكاتب الانكليزي هارولد بوين كتابا في حياة علي بن عيسى وعصره بالانكليزية .

(١٢٠) ق :جهلاء .

(١٢١) ق : أو قلة .

(١٢٢) الزيادة من س ق ظ ، وفي ب : وخفض .

واقدام(١٢٣) عليها ، أو فهم منهم باستقراء أحوالهم تهافتهم(١٢٤) على الشهادة ، وايثارهم لها ، واقدامهم على ادائها من غير تذكر لها [١٩/أ] ، لاسيما اذا انضاف الى ذلك أخذ الاجرة عليها، فيستحب للقاضي ان يفرّق مثل هؤلاء الشهود ويسأل كل واحد منهم منفردا ، فيقول : من شهد منكم أولا ؟ وهل كتبت شهادتك بحبر أو مداد ؟ وعن وقت الشهادة ، فيقول : أي وقت شهدت ؟ [وأي مكان شهدت ؟ وعن مكان الشهادة ، فيقول : في أي محلة شهدت ؟](١٢٥) ، وفي أي درب شهدت ؟ وفي أي دار شهدت ؟ وفي أي موضع من الدار شهدت ؟

هكذا ذكره القاضي أبو الطيب .

وهو حسن .

[١٠٨] فان(١٢٦) اختلفت شهادتهم وأقوالهم ابطلها ، واسقطها ، وان اتفقوا على كلمة واحدة ، وظهرت عنده دلائل الصدق سمعها بشروطها(١٢٧) .

---

(١٢٣) س : واقدامهم . ق : آو اقدام .

(١٢٤) لفظة (تهافتهم) سقطت من س .

(١٢٥) الزيادة من ب س ، وفي ق ظ : وعن وقت الشهادة ، فيقول : أي وقت شهدت ، وأي مكان شهدت ، وفي أي دار شهدت وفي أي موضع .

(١٢٦) ق ظ : وهو حسن فان اتفقت شهادتهم قبلها ، وان اختلفت شهادتهم وأقوالهم ابطلها واسقطها .

(١٢٧) قوله : (وان اتفقوا على كلمة واحدة وظهرت عنده دلائل الصدق سمعها بشروطها) سقطت من ق ظ ، ووضع بدلها عبارة هي : (واذا قبل القاضي شهادة الشهود قال للمدعى عليه : قد ثبت عليك الحق ،فان كان لك دافع أو معارض فابرزه والا فاعطه حقه) ثم

المسألة الخامسة(١٢٨) [جواب المدعى عليه]

[١٠٩] اذا صحت دعوى المدعي ، وأجاب المدعى عليه ، لا يخلو : اما ان يجيب بالانكار ، أو بالاعتراف :

[انكار المدعى عليه]

(١١٠) ان(١٢٩) اجاب بالانكار وطلب من(١٣٠) القاضي احلافه ، احلفه .

فلا(١٣١) يحلفه الا بطلب المدعي .

وسنذكر كيفية اليمين في الدعاوى ان شاء الله تعالى .

(١١١) وان أراد اقامة البينة عليه احضر بينته ، وسأل الحاكم سماع شهادتهم .

والمستحب للقاضي ان يلتفت الى الشاهد ، ويأذن له في اداء الشهادة .

والمستحب للشاهد ان يبجل قدر القاضي في اقامة الشهادة ، فيقول :

أطال الله بقاء سيدنا الحاكم ، ويزيد من القابه ، والدعاء له ما يقتضيه حاله وقدره ، ثم يقول بعد ذلك : اشهد بكذا وكذا .

ينتقل الى الكلام على موضوع القاضي لا يقضى بعلمه وذلك سيأتي بعد حوالي صفحتين تقريبا .

(١٢٨) سقطت هذه المسألة من ق ظ .

(١٢٩) س : فان .

(١٣٠) س ب والمطبوعة : وطلب من الحاكم .

(١٣١) س ب والمطبوعة : ولا .

وسنذكر في الدعاوى ان شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنواعها وما يشترط في ألفاظها .

[١١٢] واذا[١٣٢] كملت البينة ، وكان الشاهدان عدلين عنده ، اعلم تحت رقم شهادة كل شاهد بما صورته : شهد عندي بذلك ، ان كان كل واحد[١٣٣] شهد بجميع ما في الكتاب ، وان[١٣٤] شهد ببعض ما في الكتاب ، كشهادته على البائع فقط في كتاب التبايع[١٣٥] ، أو على المشتري فقط ، أو على المقر بالدين فقط دون اقراره بملأة ، أو برهن ، كتب تحت رقم شهادته : شهد عندي بما وضع به خطه .

هذا هو اصطلاحنا في أعمالنا ، ولكل قوم اصطلاح ، فليكتب الحاكم ما اصطلح عليه حكام بلده .

[١١٣] وان لم يكونا عدلين عنده ، كتب تحت شهادتهما : شهد بذلك [١٩/ب] ، وقال للمدعي زدني في الشهود ، أو زك شاهديك .

وان كان متوسطي الحال في التعديل ، بان كان الحاكم يقبل شهادتهما في قليل المال دون كثيره ، كتب تحت شهادتهما : شهد بذلك عندي .

والمقصود تمييز الشهود على قدر مراتبهم ، في اكرامهم فعلا ومجلسا

---

(١٣٢) س ب والمطبوعة : فاذا .
(١٣٣) س والمطبوعة : كل واحد منهم شهد .. بزيادة لفظة : منهم وكان يجب ان يقال (كل واحد منهما) لانهما اثنان ، لقوله : وكان الشاهدان عدلين عنده .
(١٣٤) س والمطبوعة : وان كان شهد (بزيادة لفظة : كان) .
(١٣٥) س : تبايع .

وعلامة ووضعا في الترتيب على أحسن(١٣٦) وضع ، فانه اذا فعل ذلك وميّز بينهم رغب الاكابر في حفظ(١٣٧) حقوق الناس بشهاداتهم ، واجابتهم اليها ٠

وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال :

« اكرموا الشهود ، فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق »(١٣٨) ٠

وان(١٣٩) كان عاملهم بضد ذلك ، وسوّى بين الاعيان منهم وبين من(١٤٠) دونهم امتنعوا عن الشهادة وتحملها ، وانخرمت قواعد الحكم ٠

---

(١٣٦) س : في أحسن ٠

(١٣٧) في الاصل : في حفظ حقوقهم ، وما انبتناه عن س ب ، وقد سقطت هذه المسألة كما قلنا من ق ظ ٠

(١٣٨) حديث : « اكرموا الشهود ، فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق » حديث ضعيف قال السخاوي : اخرجه العقيلي في الضعفاء ، والنقاش في القضاة والشهود ، والديلمي في مسنده ٠٠ عن ابن عباس (المقاصد الحسنة ٧٨ – ٧٩ رقم ١٥٤) ورواه الخطيب وابن عساكر من حديثه (الجامع الصغير ١/٥٥) وقد صرح الصغاني بانه موضوع (الفوائد المجموعة في الاحاديث الموضوعة للشوكاني ص ٢٠٠ رقم ٤ من كتاب القضاء) وجمع الجوامع المعروف بالجامع الكبير للسيوطي (طبعة مجمع البحوث العدد ١١ من الجزء الاول ص ١٢٥٩ ، رقم ٩٤/٤١٠٠ وطبعة الهيئة المصرية للكتاب ١/١٤٠) ويرد في بعض ألفاظه زيادة : « ويدفع بهم الظلم » وفي بعضها « يستخرج بهم الحقوق » فانظر بشأنه : كشف الخفاء ١/١٩٤ – ١٩٥ رقم ٥٠٩ ، تلخيص الحبير ٤/١٩٨ رقم ٢١٠٧ ، كنز العمال : ط : الهند ح ٧ ص ٦ رقم ٤٩ ، الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير ١/٢٢٦ ٠

(١٣٨) س ب والمطبوعة : وان عاملهم ٠

(١٤٠) س والمطبوعة : وبين من هو دونهم ٠

[١١٤] فاذا ثبت الحق بشهادة شاهدين عدلين ، أو بعد[١٤١] تزكية شاهدين مجهولين وطلب المدعي من الحاكم الزام المدعى عليه ، بما ثبت عنده ، قال الحاكم : انه[١٤٢] قد ثبت الحق عليك ، فان كان لك دافع ، أو معارض فابرزه ، والا فاعطه حقه .

وسنذكر تتمة ذلك في الدعاوى ان شاء الله تعالى .

هذا كله ان انكر المدعى عليه .

[اقرار المدعى عليه]

[١١٥] وان[١٤٣] أقر حكم عليه بموجب اقراره ، ولا تسمع عليه بينة بعد اقراره .

ثم ان[١٤٤] أقر بمجلس الحكم بمحضر من حاضريه[١٤٥] ،

---

(١٤١) س : أو بعدل يزكيه شاهدين مجهولين (كذا وهو تصحيف) .

(١٤٢) ب س والمطبوعة : قال الحاكم له قد ثبت ... وفي ق ظ وردت العبارة : واذا قبل القاضي شهادة الشهود قال للمدعى عليه : قد ثبت عليك الحق فان كان لك دافع أو معارض فأبرزه والا فاعطه حقه ، ثم انتقلت النسختان الى قوله : فصل القاضي لا يقضي بعلمه الى آخر ما قال ، بسقوط الصفحتين السابقتين والكلام اللاحق .

(١٤٣) س والمطبوعة : فان .

(١٤٤) جاء هذا الكلام في نسخة ظ ونسخة ق على الوجه التالي : فصل : القاضي لا يقضي بعلمه في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط ، وهل يقضي بعلمه في حقوق العباد ؟ قولان : الاظهر : نعم ، ولو كان الاقرار عند حاكم فمن شرطه ان يكون بعد سماع الدعوى عليه ، فان اقر عنده قبل سماع الدعوى من غير دعوى ، قال الماوردي ففي صحة الاقـرار لاصحابنا وجهـان : احدهما يصح وحكاه ابن المنذر عن الشافعي رضي الله عنه ، والثاني لا يصح ، ويشبه ان يكون اختلافهم في هذا مخرجا من اختلاف قوله في القضاء بالعلم ، قال ذلك في كتاب الاقرار ، وقال في كتاب القضاء : وان أقـر في موضع خلوة القاضي

فليس هذا حكما بالعلم على الصحيح ، سواء حقق الحاضرون اقراره أو لم يحققوه لغفلتهم واشتغالهم ، او انهم حققوه ، ولكنهم ليسوا عدولا ٠
هذا هو الصحيح من المذهب ٠

[١١٦] ورأيت الماوردي قد ذكر شيئا بعيدا(١٤٦) في مواضع من كتابه :

فقال في الموضع الاول من الاقرار : الاقرار لا يصح الا بأربعة شروط ، الشرط الرابع منها وهو المقر عنده ، وهو من يصير الحق به محفوظا ، وهو أحد نفسين : اما حاكم ملزم ، او شاهد متحمل ، فان كان الاقرار عند حاكم فمن شرطه ان يكون بعد سماعه(١٤٧) الدعوى عليه ، فان اقر عنده قبل سماعه الدعوى من(١٤٨) غير دعوى ، ففي صحة الاقرار لاصحابنا وجهان : احدهما : يصح [٢٠/أ] ، وحكاه ابن

(ظ : الحاكم) كان حكمه بالعلم وفيه قولان سيأتيان ، وان أقر بمجلس الحكم البارز للناس وليس به أحد سوى الخصمين أو كان فيه جمع لكن يسار (ظ : سار) القاضي بالاقرار هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم ، فيكون على قولين أم لا ؟ فيه قولان ٠٠ ثم ذكر فصل التزكية ٠٠٠ (الورقة ٩٨/أ من نسخه ظ والصفحة ١٥٠ من نسخة ق) ٠

(١٤٥) في الاصل : من محاضريه ٠

(١٤٦) س ب والمطبوعة : بديعا ، وما اثبتناه عن الاصل هو الصواب لانه سيستغربه بعد قليل ٠

(١٤٧) س : سماع ٠

(١٤٨) س : ومن ٠

(١٤٩) ابن المنذر : هو أبو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي شيخ الحرم وصاحب الكتب التي لم يؤلف مثلها ككتاب المبسوط في الفقه وكتاب الاشراف في اختلاف العلماء ، وكتاب الاجماع وغير ذلك ، وكان غاية في معرفة الاختلاف والدليل مجتهدا

المنذر[١٤٩] عن الشافعي[١٥٠] • والثاني : لا يصح ، ويشبه ان يكون اختلافهم في هذا مخرجا من اختلاف قوله[١٥١] في ان الحاكم هل له ان يحكم بعلمه أم لا ؟

هذا ما ذكره في الاقرار[١٥٢] •

(١١٧) وقال في كتاب القضاء : اذا قلنا بجواز[١٥٣] حكمه بعلمه على[١٥٤] أصح القولين كان نفوذ حكمه بعلمه معتبرا بشرطين :

احدهما : ان يقول للمنكر : قد علمت ان له عليك ما ادعاه •

والثاني : ان يقول له : وحكمت عليك بعلمي •

فان اقتصر على أحد هذين الشرطين ، واغفل الآخر لم ينفذ

لا يقلد أحدا ، سمع محمد بن ميمون ، ومحمد بن اسماعيل الصائغ ، ومحمد بن عبدالله بن عبدالحكم ، والربيع بن سليمان ، وخلقا ، وحدث عنه أبو بكر بن المقرىء ، ومحمد بن يحيى بن عمار الدمياطي وغيرهما ، توفي سنة ٣١٩هـ بمكة ، انظر طبقات السبكي ٣/١٠٢ رقم ١١٧ ، تذكرة الحفاظ ٣/٧٨٢ رقم ٧٧٥ ، وفيات الاعيان ٤/٢٠٧ رقم ٥٨٠ ، طبقات الشيرازي ١٠٨ ، الوافي بالوفيات ١/٢٣٦ ، طبقات العبادي ٦٧ ، طبقات الاسنوي ٢/٣٧٤ رقم ١٠١٤ •

(١٥٠) انظر رأي الامام الشافعي في هذه المسألة في كتاب الام ٦/٢٢٣ ، المختصر ٥/٢٤٦ ، اختلاف أبي حنيفة وابن ابي ليلى (مع الام) ٧/١٠٣ •

(١٥١) س : قوليه •

(١٥٢) انظر كلام الماوردي في هذه المسألة في كتاب الاقرار من كتابه الحاوي الكبير نسخة دار الكتب المرقمة ٨٣ فقه شافعي المجلد ٧ الورقة ١٧٣ ب •

(١٥٣) س : اذا قلنا يجوز حكمه •••

(١٥٤) س : في أصح القولين •

حكمه[155] .

وان قلنا : ليس له ان يحكم بعلمه فقد قال مالك[156] : اذا أقر عنده الخصم لم يجز ان يحكم على المقر الا ان يشهد باقراره شاهدان ، لئلا يصير حاكما بعلمه ، [واختلف[157] أصحابنا في اعتبار هذا تفريعا على منع الحكم بالعلم ، فذهب بعضهم الى اعتباره ، وانه لا يجوز له ان يحكم على المقر باقراره حتى يشهد له شاهدان ، لئلا يصير حاكما بعلمه][158] وذهب الاكثرون الى ان الشهادة غير معتبرة في اقراره في مجلس الحكم ، لانه حكم بالاقرار ، وليس حكما بالعلم[159] .

[118] وقال في الموضع الثالث من الاقضية[160] :

اذا ادعى رجل على رجل حقا ان أجاب المدعى عليه بالاقرار قبل

---

(155) انظر قول الماوردي في أدب القاضي 2/377 الفقرة 3582 وما بعدها .

(156) نقل رأي الامام مالك ابن فرحون في كتاب تبصرة الحكام حـ 2 ص 30 ، وابن رشد في بداية المجتهد 2/458 ، وابن قدامة في المغني 11/400 ، وقابل ذلك بما في الشرح الكبير 11/424 وجواهر العقود 2/364 ، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع كتاب الام) 7/103 ، واخبار القضاة 2/359 ، وللامام مالك كلام يتصل بذلك في المدونة 5/148 .

(157) ب : فاختلف .

(158) الزيادة من س ب ومن أدب القاضي للماوردي 2/378 اذ الكلام له .

(159) انظر هذا القول للماوردي في أدب القاضي له 2/377 – 378 الفقرة 3586 وما بعدها مع تصرف يسير باللفظ .

(160) هذا الكلام تجده في أدب القاضي للماوردي 2/337 الفقرة 3355 وما بعدها .

سؤال المدعي ، صار القاضي حاكما فيه بعلمه ، فان منع من الحكم بالعلم صار شاهداً فيه ، ولم يجز ان يحكم عليه الا ان يقرّ بعد سؤاله[(١٦١)] •

[١١٩] وهذا[(١٦٢)] الذي ذكره غريب •

وان اقرّ في موضع خلوة الحاكم كان حكما بالعلم وفيه قولان سيأتيان •

وان اقر بمجلس الحكم البارز للناس ، وليس[(١٦٣)] فيه أحد سوى الخصمين ، أو كان فيه جمع ، ولكن سار القاضي في الاقرار ، هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم ، فيكون على قولين أم لا ؟ فيه قولان •

* * *

(١٦١) العبارة المبتدئة بقوله : (سؤال المدعي صار القاضي حاكما فيه بعلمه ···) المنتهية هنا سقطت من نسخة س واثباتها عن الاصل وعن نسخة ب وعن أدب القاضي للماوردي ٢/٣٣٧ •

(١٦٢) في ب وفي المطبوعة : هذا (بسقوط الواو) واثباتها عن الاصل ، وقد سقطت هذه الجملة من نسخة س •

(١٦٣) ب والمطبوعة : وليس به •

الفصل الثاني[١]

في التزكية

[حكمها]

[١٢٠] لا تسمع الا في حق المجهول حاله عنـد الحاكم • اما من يعرفه[٢] بالفسق فلا يسمع تزكيته ، ومن يعرفه[٣] بالعدالة يسمع قوله من غير تزكية على أصح القولين ، وفيه قول انه لا يسمع قوله مستندا الى علمه بعدالته ، بل لابد من طلب استزكائه[٤] ، تفريعا على قولنا انه لا يقضى بعلمه •

[شروط المزكي]

[١٢١] واعلم ان التزكية لا تقبل الا من عدل خبير بأحوال من يزكيه خبرة باطنة ، سفرا وحضرا ، ومعاملة بالدينار والدرهم ، وصحبة يعرف بها بواطن حاله[٥] [٢٠/ب] •

[صورة التزكية وألفاظها]

[١٢٢] والتزكية المطلقة صورتها الكاملة ان يقول :

---

(١) وقع هـذا الفصل في الورقة ٩٨/أ ـ ٩٩/ب ، من نسخة ظ وفي الصفحة ١٥٠ ـ ١٥٢ من نسخة ق •

(٢) ق ظ : يعرف •

(٣) ق ظ : عرفه •

(٤) ظ س : من استزكائه •

(٥) س : بواطن أحواله •

اشهد ان هذا ، ويشير اليه ان كان الشاهد المزكي لا يعرفه عينا واسما [ونسبا][6] أو كان الحاكم لا يعرفه ، والشاهد يعرفه ، فلابد من تزكيته بمحضر منـه ، والاشارة اليـه ، وان كان الحاكم والشاهد يعرفانه بعينه واسمه ونسبه ، فلا يشترط حضوره وقت التزكية ، فيقول : اشهد ان هذا ، أو ان فلانا عدل عليّ ولي ، مقبول الشهادة .

و [انما][7] احترزنا بهذا القيد الاخير ، لأنه قد يكون عدلا عليه وله ، ولا تقبل شهادته لتغفله[8] .

[١٢٣] ولفظة « اشهد » لابد منها على المذهب الصحيح في التزكية وغيرهـا .

وحكى الامام وجها بعيدا غريبا : انه لا تشترط[9] لفظة « اشهد » ، بل يقوم مقامها « اعلم » و « اتحقق » وغيرهما .

وهذا الوجه لم أر أحدا نقله سواه[10] .

[١٢٤] وقوله : « عليّ ولي » هل يشترط ذكرهما في التزكية ؟

---

(٦) الزيادة من سائر النسخ ومن السياق كما سيأتي .
(٧) الزيادة من سائر النسخ ، وفي ظ ق : قال ابن أبي الدم وانما ..
(٨) في ظ ق زيادة يعقب بها على ذلك فيقول : وما ذكره غير صحيح ، لأن المغفل ليس بعدل له ولا عليه ، كما لا يكون عدلا على غيره ولا له ، وليس الكلام فيما اذا قال : هو صادق فيما شهد به علي ، لأن الحكم حينئذ ليس بمجرد اشهادة بل بانضمام قوله هو صادق ، ولا يختص هذا بالمغفل ، بل يشمل الفاسق أيضا ولفظة اشهد لابد منها .. الخ .
(٩) ب س والمطبوعة : لا تتعين .
(١٠) العبارة : (وهذا الوجه لم أر أحدا نقله سواه) سقطت من ق ظ .

فيه وجهان مشهوران[١١] .

[١٢٥] هذا في التزكية المطلقة .

فاما[١٢] التزكية المقيدة ، فهو[١٣] ان يشهد شاهد بحق ، فيزكيه شاهدان في هذا المشهود به خاصة[١٤] .

وفي[١٥] سماع هذه التزكية وقبولها خلاف مشهور ، المشهور في المذهب[١٦] عدم قبولها ، والعمل في بعض الامصار على القبول للحاجة اليه .

[١٢٦] وأصل هذا الخلاف : ان العدالة هل تتبعض أم لا ؟

المشهور في المذهب : انها لا تتبعض ، وان من كان عدلا في درهم ، فهو عدل[١٧] في الف ، لأن حد العدل وشروط[١٨] العدالة المعتبرة فيها ان وجدت كلها في هذا الشاهد كان عدلا مطلقا [فيقبل قوله

---

(١١) لفظة (مشهوران) سقطت من ق ظ ، وجاءت العبارة فيهما : وجهان اصحهما لا .. وقد جاء في حاشية الاصل قوله : (الاصح من الوجهين انه لا يشترط) .

(١٢) س : اما .

(١٣) ق ظ : وهو .

(١٤) ب ظ ق : خاصا .

(١٥) س : ففي .

(١٦) ظ ق : خلاف مشهور في المذهب والمشهور .. س : خلاف المشهور في عدم المذهب عدم قبولها (كذا) .

(١٧) ق ظ : وان من كان عدلا في درهم كان عدلا في الف ولا شك ان غلبة الظن الحاصلة بشهادة الفقيه العالم بالاحكام الشرعية .. الخ مما سيرد بعد قليل . أي بسقوط شيء من الكلام .

(١٨) ب : وشروطه .

مطلقا][19] ، وان اختل شرط من شروطها انخرمت عدالته ، ولا يقبل قوله أصلا .

[١٢٧] وصاحب الوجه الآخر[20] يقول : قد يكون الشخص عدلا في القليل ، بمعنى وثوق النفس به ، وميل الحاكم الى قوله فيه ، وركانة قلبه الى سماع شهادته في هذا القدر دون غيره ، ولا شك ان العامي الجاهل الناقص المرتبة اذا حسنت طريقته في الدين والمروءة تركن النفس الى شهادته بالمال القليل الذي هو دون النصاب[21] ، ولا تركن اليه في آلاف[22] مؤلفة ، ولا يحصل للحاكم غلبة[23] ظن [٢١/أ] بشهادته في الكثير ، حصولها في القليل ، وهذا كما ان غلبة الظن الحاصلة بقوله وشهادته لا تساوى غلبة الظن الحاصلة من قول الفقيه[24] العالم بالاحكام الشرعية المتصف مع العلم بالدين والورع وعلو المرتبة والاصالة[25] ، فان لهـا أثرا عظيما[26] ، فكم من أصيل كريم[27] الابوة تمنعه ابوته عن الاقدام على ما يخرم مروءته ودينه .

ولهذاقال عمر بن عبدالعزيز لسالم[28] بن عبدالله بن عمر :

---

(١٩) الزيادة من سائر النسخ .
(٢٠) في الاصل وفي س : الاخير .
(٢١) ب : دون النصاب مثلا .
(٢٢) س : في الوف .
(٢٣) في الاصل : غلبة الظن .
(٢٤) ق ظ : الحاصلة بشهادة الفقيه العالم .
(٢٥) ق ظ ، والاصالة غير حاصلة من غيره ، وكم من أصيل ...
(٢٦) س : اثر عظيم .
(٢٧) في الاصل : كريم ابوته ، س : فكم من كريم ..
(٢٨) سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب التابعي الامام الفقية الزاهد العابد ، يكنى بأبي عمرو ، وقيل هو أبو عبدالله ، سمع اباه ، وابا أيوب الانصاري ، ورافع بن خديج ، وابا هريرة ، وعائشة ،

قد بليت بهذا[٢٩] الامر ، فأشر[٣٠] عليّ بمن اولي ، فقال له : عليك بارباب البيوت فولهم ، فانهم ان لم تمنعهم أديانهم[٣١] منعتهم احسابهم[٣٢] .

[التزكية حق لله تعالى]

[١٢٨] ويتصل بما ذكرناه النظر في أمور :[٣٣]

احدها : ان التزكية حق لله تعالى .

وكثيرين ، وسمع جماعات من التابعين ، روى عنه جماعات منهم عمرو بن دينار ، ونافع مولى أبيه ، والزهري ، وموسى بن عقبة ، وغيرهم ، واجمعوا على امامته وزهادته وجلالته وعلو مرتبته ، وكان كثير الحديث ورعا ، عده ابن المبارك في الفقهاء السبعة توفي سنة ١٠٦هـ وقيل ١٠٥هـ ، وقيل غير ذلك وكانت وفاته في المدينة ، انظر : الحلية ٢/١٩٣ رقم ١٧٧ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/٢٠٧ رقم ١٩٦ ، تذكرة الحفاظ ١/٨٨ رقم ٧٧ ، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ١١١ ، طبقات ابن سعد ٥/١٤٤ ، طبقات القراء ١/٣٠١ ، طبقات الحفاظ ٣٣ رقم ٧٥ .

(٢٩) ب : هذا ، وكذا في المطبوعة .

(٣٠) س : فاشره .

(٣١) س ظ ق والمطبوعة : ديانتهم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(٣٢) قول عمر بن عبدالعزيز لسالم بن عبدالله : قد بليت بهذا الامر فاشر علي ... الخ روى بألفاظ مختلفة ، فانظر سيرة عمر بن عبدالعزيز لابن عبدالحكم ١٠٥ ، وسيرته لابن كثير ٦٣ ، ٦٧ ، والحلية ٢/١٩٤ ، ٥/٢٨٤ وما بعدها .

(٣٣) العبارة : (ويتصل بما ذكرناه النظر في امور) سقطت من ق ظ ، وجاءت العبارة فيهما على النحو التالي : ثم التزكية حق لله تعالى ..

فان[٣٤] سكت الخصم ، ولم يطلب استزكاءه[٣٥] ، وجب على القاضي طلب تزكيته ، الا اذا كان يعلم عدالته ، ففيه[٣٦] خلاف سبق ذكره[٣٧] .

[تزكية الخصم للشهود]

[١٢٩] فلو قال الخصم : هما عدلان ، لكن قد زلا[٣٨] في هذه القضية ، ففي وجوب الاستزكاء[٣٩] وجهان اظهرهما[٤٠] انه يقضى عليه من غير استزكاء مؤاخذة له بقوله .

[١٣٠] ولو قال : هما عدلان فيما شهدا عليّ ، أو صادقان ، حكم عليه بغير[٤١] تزكية .

[١٣١] ولو قال : هما عدلان فقط ، هل[٤٢] يقضى عليه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو علي .

[١٣٢] وقال القاضي حسين :

ان قال : صدق عليّ الشاهد أو هو عدل في ما شهد[٤٣] عليّ كان

---

(٣٤) ق ظ : فلو .
(٣٥) (استزكاءه) كذا في الاصل وسائر النسخ ، وقد تصحفت في المطبوعة الى (استزكاء) بحذف الضمير .
(٣٦) ب : فيه .
(٣٧) العبارة : (ففيه خلاف سبق ذكره) سقطت من ظ ق ، وقد مر ذكره ذلك في أول هذا الفصل في الفقرة ١٢٠ .
(٣٨) س ب والمطبوعة : (لكن زلا) بسقوط الحرف قد وما أثبتناه عن الاصل وعن ق ظ .
(٣٩) ق : ففي وجوب التزكية .
(٤٠) في الاصل : اصحهما ، وفي س : احدهما ، وما اثبتناه عن ق ظ ب .
(٤١) ظ : من غير تزكية .
(٤٢) ق ظ : فهل .
(٤٣) ق ظ : يشهد علي به .

اقرارا ، وهل يكون تعديلا للشهود حتى لا يحتاج الى المسألة عنهما ؟

فيه وجهان ٠

(١٣٣) وهذا كله فيما اذا كان الشهود مجهولين ، لم يعرف فسقهم ٠

فان عرف الحاكم فسقهم لم يقض الحاكم باعتراف الخصم بصدقهم(٤٤) وتعديلهم(٤٥) قولا واحدا ٠

هكذا ذكره الشيخ أبو علي ٠

وللنظر فيه مجال(٤٦) ٠

* * *

(٤٤) س : بفسقهم ٠

(٤٥) ق ظ : وعدالتهم ٠

(٤٦) (وللنظر فيه مجال) كذا في الاصل كما في ، س ب ، وقد قرأها محقق المطبوعة : (وللنظر فيه وجهة) وقد سقطت الجملة من ظ ق ، وجاء بعدها فيهما : فصل اختلف الاصحاب في مراد الشافعي رضي الله عنه بأصحاب المسائل فمنهم من قال ٠٠ الخ ٠

الفصل الثالث[1]

في أرباب المسائل

[المراد بأرباب المسائل وبيان عملهم]

[١٣٤] هذه لفظة : اطلقها الشافعي رضي الله عنه ، قال[2] :

واحب[3] ان يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف ٠٠ الى آخر كلامه[4] ٠

[١٣٥] واختلف الاصحاب في أصحاب المسائل ، فمنهم من قال : أراد بهم المزكين[5] ، ومنهم من قال : أراد بهم رسله الذين يبعثهم الى

---

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ٩٩ ب من نسخة ظ ، والصفحة ١٥٢ من نسخة ق مبتدئا بقوله : فصل : اختلف الاصحاب في مراد الشافعي رضي الله عنه ، فمنهم من قال ٠٠ الخ ٠

(٢) س ب والمطبوعة : فقال ٠

(٣) ب : واجب (بالتنقيط مع الشكل) ٠

(٤) كلام الشافعي هذا جاء هو وتتمته في المختصر كما يأتي : « واحب ان يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف في الطعمة والانفس ، وافري العقول برآء من الشحناء بينهم وبين الناس ، أو الحيف عليهم ، أو الحيف على أحد ، بان يكونوا من أهل الاهواء والعصبية أو المماطلة (كذا وصوابها المماظة) للناس وان يكونوا جامعين للامانة في أديانهم لا يتغفلون ، بأن يسألوا الرجل عن عدوه فيخفي حسنا ويقول قبيحا فيكون جرحا ، ويسألوه عن صديقه فيخفى قبيحا ويقول حسنا فيكون تعديلا ٠٠ » فانظره في المختصر ٥/٢٤٢ ـ ٢٤٣ ، الام ٦/٢٠٩ ، البحر للروياني حـ ٦ الورقة ١٦٢ ، وقد نقله الماوردي وشرحه في أدب القاضي ٢/٢٢ ـ ٢٣ الفقرة ١٨٨٩ ٠

(٥) س : المزكيين ٠

المزكين ، ومنهم من قال(٦) : أراد الذين(٧) يسألهم المزكون عن أحوال الناس .

ثم ان الاصحاب [٢١/ب] بينهم تباين يسير في هذه المسألة(٨) ، فلابد من نقل ملخص(٩) كلامهم ومحصله في الطريقين :

[١٣٦] قال ابو الطيب الطبري ، ونقله(١٠) عنه تلميذاه(١١) ابن الصباغ ، والشيخ(١٢) أبو اسحاق ، قال :

لا يخلو : اما ان يبعث أرباب(١٣) مسائله الى قوم معينين ، ليسألوهم(١٤) عن الشهود ، أو يفوض(١٥) اليهم السؤال عنهم من غير تعيين من يسألونه .

---

(٦) العبارة : (أراد بهم رسله الذين يبعثهم الى المزكين ومنهم من قال) سقطت من س .
(٧) ب : اللذين .
(٨) العبارة : (ثم ان الاصحاب بينهم اختلاف يسير في هذه المسألة) سقطت من س .
(٩) في الاصل : محض كلامهم ، وما اثبتناه عن سائر النسخ .
(١٠) س : نقله (بسقوط الواو) .
(١١) ق ظ : تلميذه .
(١٢) في الاصل (تلميذاه والشيخ ابن الصباغ فالشيخ أبو اسحاق قال ..) وما اثبتناه عن سائر النسخ هو الصواب .
(١٣) س : يبعث أصحاب مسائله ، وكذا على هامش ب ، وفي ظ ق بأصحاب .
(١٤) س : ليسألهم . ق : يسألونهم .
(١٥) ظ ق : عن الشهود المفوض اليهم السؤال عنهم والعدد شرط في السؤال كما في الشهادة والعدالة أيضا شرط في من يسألهم أرباب المسائل كالشهادة .

فان فوض اليهم السؤال عنهم[١٦] كان العدد شرطا في السؤال كما في الشهادة • والعدد[١٧] أيضا شرط في من يسألهم أرباب[١٨] المسائل كالشهادة •

فاذا وقفوا[١٩] على حالهم شهدوا [عنده][٢٠] بما ثبت[٢١] عندهم من جرح أو تعديل ، وهذا [لا][٢٢] خلاف فيه بين أصحابنا[٢٣] •

اما اذا بعث بهم الى قوم معينين ليسألوهم[٢٤] عنهم ، قال أبو اسحاق[*] : ليس العدد شرطا في هذا الموضع ، بل اذا سأل واحد[٢٥] من أصحاب المسائل أو جماعة منهم عن حال الشاهد ، فان رجع بجرحه[٢٦] توقف القاضي ، وقال للمشهود له : زدني في الشهود[٢٧] ،

---

(١٦) س ب والمطبوعة : فان فوض اليهم السؤال عنهم جاز والعدد شرط في السؤال •
(١٧) ق ظ : والعدالة •
(١٨) س : أصحاب •
(١٩) في الاصل : فاذا وقفوا على كتابهم •• وما اثبتناه عن سائر النسخ •
(٢٠) الزيادة من ب س ، وفي ظ ق : عندهم •
(٢١) في ق ظ ب والمطبوعة : يثبت •
(٢٢) الزيادة من سائر النسخ •
(٢٣) س : بين الاصحاب •
(٢٤) ق : يسألونهم •
(*) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٢/٢٩٦ •
(٢٥) س : واحدا ، ظ ق : سأله واحد •
(٢٦) ظ : تجريحه • س : فجرحه •
(٢٧) ق ظ ب س والمطبوعة : في شهودك ، وما اثبتناه عن الاصل •

وان رجع بالتزكية استدعى[٢٨] الحاكم المزكين الذين سألهم[٢٩] صاحب المسألة ، وسألهم[٣٠] عن الشهود : فان شهدوا بالعدالة حكم بشهادتهم ، قال أبو اسحاق : لأن أخبار صاحب المسألة عن المزكي شهادة على شهادة ، فلا تسمع[٣١] مع حضور شاهد الاصل ٠

(١٣٧) وقال أبو سعيد الاصطخري :

العدد شرط في السؤال في هذا الموضع ، فلا[٣٢] يجوز الاقتصار على صاحب مسألة واحد كما في الشهود[٣٣] ، وهو ظاهر كلام الشافعي[٣٤] ، وهو شهادة على الشهادة ، كما قاله أبو اسحاق ، غير انها تقبل في هذا الموضع للعذر كما تقبل الشهادة على الشهادة بعذر المرض والغيبة ، وههنا العذر قائم ، لانه لا يجب[٣٥] على المسؤول الحضور عند الحاكم ، لتزكية من يسال عنه ، وليس للحاكم ان يجبره عليه ، ولا يجب على الحاكم ايضا ان يحضره ليساله ، فصار عذرا في قبول شهادة

---

(٢٨) في الاصل : يستدعي ٠

(٢٩) س : اللذين سألهما ٠

(٣٠) في الاصل : ويسألهم ٠

(٣١) ب : ولا يسمع ٠ ظ : وتسمع مع حضور (بسقوط الحرف : لا) ٠

(٣٢) في سائر النسخ : ولا ، وما اثبتناه عن الاصل ٠

(٣٣) في سائر النسخ : كما في الشهادة وما اثبتناه عن الاصل ٠

(٣٤) قوله : وهو ظاهر كلام الشافعي ، قلت : بل هو نص كلام الشافعي اذ يقول في الام ٦/٢٠٩ « ولا يقبل تعديله الا من اثنين ولا المسالة عنه الا من اثنين » وقال في المختصر ٥/٢٤٣ : « ولا يقبل المسألة عنه ولا تعديله ولا تجريحه الا من اثنين » وانظر أدب القاضي للماوردي ٢/٣٠ ، الفقرة ١٩٢٧ ، والبحر للروياني ح ٧ الورقة ١٦٤/أ ، المهذب ٢/٢٩٦ ٠

(٣٥) ق ظ : لايجب عليه الحضور ٠

أصحاب المسائل على شهادة المسؤولين ، كالمرض والغيبة في شهادة شاهدي الفرع [على شهادة شاهد الاصل](٣٦) .

وهذا هو المذهب .

[١٣٨] فقد حصل في المسألة ان العدد شرط في التزكية بلا خلاف [٢٢/ب] ، والصحيح من المذهب انه شرط في السؤال(٣٧) .

[١٣٩] وقال الماوردي(٣٨) زيادة على ما ذكره(٣٩) القاضي أبو الطيب :

ومن جملة احتياط الحكام ان(٤٠) لا يكون أصحاب مسائلهم معروفين عند المشهود له والمشهود عليه والشهود والمسؤولين(٤١) عن الشهود . ثم يكتب القاضي لهم اسم الشهود ، ومن شهدوا له ، وشهدوا عليه(٤٢) ، والحق المشهود به ، وقد يسمى(٤٣) أصحاب المسائل

---

(٣٦) الزيادة من سائر الاصول .

(٣٧) العبارة المبتدئة بقوله : (وهذا هو المذهب فقد حصل ..) المنتهية هنا سقطت من ق .

(٣٨) قول الماوردي تجده في أدب القاضي له ٢/٢٦ وما بعدها الفقرة ١٩٠٢ وما بعدها .

(٣٩) س : زيادة على ما ذكرناه عن القاضي أبي الطيب .

(٤٠) س : ان يكون (بسقوط الحرف : لا) وهو سهو .

(٤١) في الاصل : والشهود المزكين عن الشهادة ، وفي ب س ظ : والشهود والمسؤلين عند الشهود ، وفي ق : والشهود المسؤولين عند المشهودين، وما اثبتناه عن أدب القاضي للماوردي ٢/٢٧ الفقرة ١٩٠٧ ، لأن الكلام منقول عنه بتصرف .

(٤٢) في الاصل : وشهدوا عنده ، والتصحيح من النسخ الاخرى ومن أدب القاضي للماوردي ٢/٢٧ الفقرة ١٩٠٨ ، وقد نقل ذلك من كلام الشافعي وكلامه موجود في المختصر ٥/٢٤٣ ، والام ٦/٢٠٩ .

(٤٣) س : وقد سمي أصحاب المسائل المزكيين (كذا) .

المزكين ، ثم يمضون لكشف حال الشهود ، ثم يخبرون الحاكم بما عرفوه من أحوالهم •

[١٤٠] وهل يعمل الحاكم بقول أصحاب مسائله في الجرح والتعديل ؟

فيه وجهان :

احدهما[٤٤] : نعم ، وهو ظاهر مذهب الشافعي وقول أكثر أصحابه ، فعلى هذا يجوز ان يكون ما سمعه أصحاب المسائل من الجيران[٤٥] بلفظ الخبر ، ولا يعتبر في الخبر[٤٦] العدد ، بل المعتبر ان يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق المخبر فيما اخبر به من جرح وتعديل ، وربما وقع في نفوس أصحاب المسائل صدق[٤٧] الواحد فجاز ان يقتصر عليه ، وربما ارتاب من قول الاثنين ، فيلزمه[٤٨] ان يستزيد •

ويجوز[٤٩] لهم ان يسألوا الجار من اين علم تعديل الشاهد[٥٠] وجرحه • ولا يجوز للحاكم ان يسأل أصحاب المسائل من اين علموا تعديله وجرحه •

---

(٤٤) ق ظ : احدهما وهو ظاهر المذهب نعم فعلى ••

(٤٥) في الاصل : من الخبر بلفظ الخبر ، ولا يعتبر في الخبر العدد •• كذا •

(٤٦) ب س والمطبوعة : في الجيران وما اثبتناه عن الاصل •

(٤٧) العبارة المبتدئة بقوله : (المخبر فيما اخبر به من جرح ••) المنتهية هنا سقطت من س •

(٤٨) ق : فلزمه •

(٤٩) في الاصل : ويلزمهم ان يسألوا الجار ، والتصحيح من سائر النسخ •

(٥٠) ق ظ : تعديل الشهود وجرحهم ، والوجه الثاني محكي •• بحذف شيء من الكلام •

والوجه الثاني محكي عن أبي اسحاق[٥١] ، [ان][٥٢] الشاهد بالجرح والتعديل هم الجيران ، ويكون أصحاب المسائل رسلهم[٥٣] فيها ، ويجوز للحاكم سماع ما يذكره أصحاب مسائله عن الجيران [بلفظ الخبر عنهم ، ويسمون للحاكم من عدل أو جرح[٥٤] من الجيران][٥٥] ، ثم الحاكم يسمع من الجيران الشهادة بالجرح والتعديل على شرط الشهادة .

[١٤١] واما امام الحرمين فانه قال :

قال الشافعي رضي الله عنه : والمستحب ان يكون أصحاب مسائله جامعين للعفة[٥٦] ، فمن أصحابنا من قال : أراد بهم [المزكين ، ومنهم من قال :][٥٧] أراد بهم الرسل الحاملين الرقاع الى المزكين للبحث عن أحوال الشهود .

وينبغي ان يكون المزكون غير معروفين للناس ، خوفا من الخديعة .

[١٤٢] ونحن نذكر ما قيل في ذلك فنقول :

ذكر العراقيون طريقين :

---

(٥١) قوله : عن أبي اسحاق .. هو الشيرازي ، ورأيه في المهذب ٢٩٦/٢ .
(٥٢) الزيادة من سائر النسخ .
(٥٣) في الاصل : ويكون أصحاب المسائل مثلهم فيها .. والتصحيح من سائر النسخ .
(٥٤) ب ق ظ : وجرح (بالواو) وما اثبتناه عن س وقد سقطت العبارة من الاصل .
(٥٥) الزيادة من سائر النسخ .
(٥٦) مرت الاشارة الى مظان كلام الشافعي في أول هذا الفصل .
(٥٧) الزيادة من سائر الاصول .

احداهما[٥٨] : لابي اسحاق المروزي[٥٩] ، فانه قال :[٦٠] لا يثبت التعديل ما لم يصرح المزكيان [٢٢/ب] به ، فلا[٦١] تعويل على الرقاع واجوبتها ، ولا على اقوال أصحاب المسائل •

و [الثانية][٦٢] قال أبو سعيد الاصطخري : اما الرقاع فلا يكتفى بهـا ، بل لابد من تصريح أصحاب المسائل ، وليكونوا[٦٣] اثنين لابد منهما بما سمعاه من قول المزكين •

وانما اكتفى الاصطخرى بأقوال الرسل وان كانوا في مقام الفروع مع القدرة على سماع كلام الاصول ، لئلا يشتهر المزكون ، ويكثر ترددهم الى مجلس الحكم لذلك فاحتمل ذلك •

[١٤٣] واما العدد فاحسن ترتيب فيه ان المزكي ان كان مولى من

---

(٥٨) في الاصل وفي س ق ظ : احدهما وما اثبتناه عن ب •

(٥٩) أبو اسحاق المروزي : واسمه ابراهيم بن أحمد ، وهو صاحب ابي العباس بن سريج ، كان أبو اسحاق اماما جليلا غواصا على المعاني ورعا زاهدا انتهت اليه رئاسة العلم ببغداد وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد ، ثم انتقل في آخر عمره الى مصر وجلس مجلس الشافعي ، شرح المختصر وصنف في الاصول والفروع توفي بمصر ٣٤٠هـ انظر طبقات العبادي ٦٨ ، طبقات الشيرازي ٩٢ ، طبقات ابن قاضي شهبة الورقة ١٠/أ ، طبقات الاسنوي ٢/٣٧٥ رقم ١٠١٥ ، مرآة الجنان ٢/٣٣١ ، وفيات الاعيان ١/٢٦ رقم ٣ ، تاريخ بغداد ٦/١١ رقم ٣٠٤٠ ، حسن المحاضرة ١/٣١٢ رقم ٦٢ ، العبر ٢/٢٥١ •

(٦٠) ب س ق ظ والمطبوعة : لابي اسحاق المروزي قال (بسقوط لفظة : فانه) •

(٦١) س والمطبوعة : لا ، وفي ظ : بلا ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ق •

(٦٢) الزيادة يقتضيها السياق •

(٦٣) في سائر النسخ وفي المطبوعة : وليكونا •

جهة الحاكم في البحث عن العدالة والجرح فهو[٦٤] حاكم في ذلك •

فان[٦٥] لم يكن مولى ، فلابد من العدد بلا خلاف ، ولابد من لفظ الشهادة •

[١٤٤] وان[٦٦] اكتفينا بقول[٦٧] الرسل هل يشترط لفظ الشهادة ؟

على قياس قول الاصطخري فيه وجهان •

اما العدد فلا بد منه وفاقا كالمترجم •

هذا ما ذكره الامام •

[١٤٥] والنظر بعد هذا في التزكية ، وهي حق لله تعالى ، وحق على القاضي مراعاتها ، ولا يقف وجوبها وبذل المجهود فيها على طلب الخصم • ولا بد من شاهدين بالتزكية ، فلا يثبت تعديل[٦٨] الا باثنين ، وكذلك الجرح ، لكن الجرح[٦٩] لا يسمع الا مفسرا بخلاف التعديل ، ومهما اجتمعا قدم الجرح •

[التعديل علانية]

(١٤٦) ومتى سأل عن الشهود سرا برقاع أو رسل ، سأل عن تعديلهم علانية ، هكذا قاله الشافعي[٧٠] رضي الله عنه •

---

(٦٤) س والمطبوعة : فهو كحاكم •
(٦٥) في سائر النسخ والمطبوعة : وان وما اثبتناه عن الاصل •
(٦٦) س والمطبوعة : فان •
(٦٧) س : بلفظ الرسل •
(٦٨) ب : وتعديل •
(٦٩) في الاصل : والجرح بسقوط لكن ، وما اثبتناه من سائر النسخ •
(٧٠) قول الشافعي رضي الله عنه تجده في المختصر ٢٤٣/٥ ، الام ٢٢٢/٦ ، البحر للروياني ح ٦ الورقة ١٦٩/أ ، أدب القاضي للماوردي ٥٣/٢ الفقرة ٢٠٣٩ •

ومعنى[٧١] العلانية : احضار المزكي الى مجلس الحكم وتكليفه الاشارة الى الشاهد الذي قد عدله ٠

قال الشيخ القفال :

لأنه ربما يشتهر[٧٢] الشاهد باسم عدل فيقول : هو عدل ٠ قال : وقد شهد عند [المعداني][٧٣] قاضي مرو رجل مسمى باسم عدل ، فسأل[٧٤] القاضي الشيخ الخضري[٧٥] عنه ، وكان الخضري مزكيا ، فقال : هو عدل ، وكان الشاهد قد زوّر اسمه ، فالاشارة اليه تدفع هذا المحذور ٠

[١٤٧] وقال سوار[٧٦] القاضي :

اثنان لم اسبق اليهما ، فلا يتركهما حاكم بعدي : المسألة في السر ،

---

(٧١) ق ظ : وعنى بالعلانية ٠
(٧٢) ب س ق والمطبوعة : ربما يسمى ، ظ : ربما يسوى ٠
(٧٣) الزيادة من ب ظ ق ، وقد سقطت من الاصل ومن س والمعداني قال السمعاني بفتح الميم وسكون العين وفتح الدال المهملة وبعد الالف نون ، هذه النسبة الى معدان وهو اسم جد المنتسب اليه ، ثم ذكر جماعة ممن ينتسب الى هذه النسبة ، انظر الانساب الورقة ٥٣٦/أ ، اللباب ٣/٢٣٢ ، لب الالباب ٢٤٨ ٠
(٧٤) العبارة المبتدئة بقوله : وقد شهد عند المعداني ٠٠٠ المنتهية هنا سقطت من نسخة س ٠
(٧٥) مرت ترجمة الخضري ٠
(٧٦) سوار القاضي : هو أبو عبدالله سوار بن عبدالله بن قدامة العنبري ، ولاه أبو جعفر المنصور القضاء على البصرة وعمره ١٧ سنة ، وكان من فقهاء البصرة ومتقنيهم وكان أول من تشدد في القضاء وعظم أمره ، واتخذ الامناء واجرى عليهم الرزق ، وكان صالحا يطعم الناس ، مات أميرا وقاضيا سنة ١٥٦هـ عن ٧٤ سنة انظر ترجمته وأخباره في أخبار القضاة ٢/٥٥ ـ ٨٨ ، الطبقات لابن خياط

ثم[77] المسألة في العلانية[78] .

وكان سوار هذا[79] قاضيا للمنصور .

[ثبوت عدالة الشاهد]

العصفري ٢٢١ ، مشاهير علماء الامصار رقم ١٢٤٦ ، والمعرفة والتاريخ ١/١٤٢ ، وحفيده اسمه سوار بن عبدالله أيضا المتوفى ٢٤٥ كما في خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ١٥٩ ، وتاريخ بغداد ٩/٢١٠ رقم ٤٧٨٨ ، وليس هو المراد بل المقصود هو جده لأنه هو الذي كان قاضيا للمنصور كما يقول المؤلف .

(٧٧) ب : المسألة في السر ثم في العلانية (بسقوط لفظة : المسألة) .

(٧٨) قول سوار : اثنان لم اسبق اليهما .. يروى من كلام ابن شبرمة (عبدالله بن شبرمة بن الطفيل الضبي الكوفي التابعي المتوفى ١٤٤هـ) بلفظ « شيئان ما عمل بهما قبلي أحد ولا يتركهما بعدي أحد : تحلية الشهود والسؤال عنهم سرا » (انظر أدب القاضي للماوردي ٢/١٥ الفقرة ١٨٦٩) وروى بلفظ : « وضعت ثلاثة أشياء لم يعمل بها أحد قبلي ولم يتركها أحد ممن بقي بعدي : المسألة عن الشهود في السر واثبات الحجج وتحلية الشهود » (أخبار القضاة ٣/١٢٠) وروى بلفظ « ثلاث لم يعمل بهن أحد قبلي ولم يتركهن أحد بعدي : المسألة عن الشهود واثبات حجج الخصمين وتحلية الشهود (انظر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد ابن مازة ٣/٢٣ الفقرة ٥٥٦) وانظر ذلك في أحكام القرآن للجصاص ١/٥٠٦ ، وقد بات ذلك معروفا من كلام ابن شبرمة فقد روى انه أول من سأل عن الشهود في السر ابن شبرمة (أخبار القضاة ٣/١١٦) وقد قيل ان أول من سأل في السر هو شريح القاضي ، حتى قيل له : يا أبا امية احدثت ، فقال : احدثتم فاحدثنا (أخبار القضاة ٢/٣٦٩ ، وقابل ذلك بما فيه في ح ٢ ص ٣١٨) .

(٧٩) في الاصل وفي سائر النسخ : وكان هذا سوار قاضيا للمنصور ، وما اثبتناه من التقديم والتأخير يقتضيه السياق ، وقوله : وقال سوار القاضي ... الى آخر هذه العبارة سقط من ق ظ .

[١٤٨] ثم اذا(٨٠) قضى القاضي بعدالة شاهد ، ثم شهد عنده بعد ذلك بواقعة أخرى ، ان(٨١) طالت المدة ، وكان القاضي غير خبير بحاله [٢٣/أ] في المدة المتخللة ، فهل له القضاء بشهادته بناء على العدالة(٨٢) التي ثبتت في القضية الاولى ؟

[فيه](٨٣) وجهان :

جمهور الاصحاب قالوا : لابد من استزكاء جديد . وعلى هـذا ينبغي ان لا يغفـل القاضي المسألة عن شهوده الذين يتناوبون مجلسـه للشـهادة .

والمرجع(٨٤) في طول الزمان(٨٥) وقصره الى العادة ، والى ما يغلب على(٨٦) ظن القاضي .

* * *

(٨٠) ق ظ : ومتى ، ب س والمطبوعة : ثم متى .
(٨١) ب : وان .
(٨٢) س : على عدالته .
(٨٣) الزيادة من سائر الاصول .
(٨٤) س : والرجوع .
(٨٥) س ب ظ : الزمن وما اثبتناه عن الاصل وعن ق .
(٨٦) ظ ق : على الظن (بالالف واللام وبحذف كلمة القاضي) ثم انتقل الكلام فيهما الى الفصل الذي يأتي بقوله : فصل : لا خلاف ان القاضي يقضي بعلمه .

الفصل الرابع[1]

في القضاء بالعلم

[١٤٩] لا خلاف ان القاضي يقضي بعلمه في الجرح ، فاذا عدل عنده شاهد علم القاضي فسقه عمل بعلمه ، ولا يقضي بشهادته قولا واحد .

[١٥٠] اما اذا علم عدالة الشاهد ، فهل له ان يقضي بشهادته من غير تزكية شاهدين[2] ؟

فيه قولان .

أصحهما ههنا القضاء بالعدالة التي يعلمها .

[١٥١] وكذلك لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف ، كما لو شهد شاهدان ان زيدا قتل عمروا وقد علم ان خالدا هو القاتل له ، لا يقضى بشهادتهما على زيد بالقتل بالاجماع .

وهكذا لو شهدا[3] على اقرار زيد بمال لعمرو ، وقد علم ان عمروا ابرأه ، أو استوفى هذا المال منه عمل بعلمه دون شهادتهما بلا خلاف .

[١٥٢] اما القضاء بالعلم الذي انفرد به ، هل يقضى به ؟

فيه قولان[4] .

---

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠١ ب من النسخة ظ وفي الصفحة ١٥٤ من نسخة ق ، وابتدأ الكلام فيهما بقوله : لا خلاف ان القاضي يقضي بعلمه ..

(٢) س : تزكية من شاهدين .

(٣) س : شهد .

(٤) س : وجهان ، وانظر القولين في مختصر المزني ٢٤٦/٥ .

أصحهما عند البغوي : نعم •

قال : وهو اختيار المزني[٥] •

قال الربيع[٦] :

كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ، لكنـه لا يفتي[٧] بـه خوفا من قضاة السوء •

---

(٥) انظر اختيار المزني في مختصره ٥/٢٤٦ مبدوءا بقوله : قال المزني •

(٦) الربيع : قال النووي : اعلم ان الربيع حيث اطلق في كتب المذهب المراد به المرادي واذا أرادوا به الجيزي قيـدوه بالجيزي (تهذيب الاسماء واللغات ١/١٨٨) قلت : اعلم ان للشافعي صاحبين يسميان بالربيع ، احدهما الربيع بن سليمان بن داود الازدي مولاهم المصري وكان ثقة صالحا ، توفي سنة ٢٥٦هـ (تهذيب التهذيب ٣/٢٤٥ رقم ٤٧٢ ، وفيات الاعيان ٢/١٣٢ رقم ٢٨) وليس هـو المراد هنا ، وانما المراد المرادي وهو الربيع بن سليمان بن عبدالجبار بن كامل المرادي مولاهم المصري المؤذن صاحب الشافعي وخادمه ، وسمع منه ومن ابن وهب ويحيى بن حسان وغيرهم ، وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم الرازيان وابن أبي حاتم وأبو داود والنسائي ، وروى كتب الشافعي الجديدة بدقـة واتقان ، وكان صدوقا ، توفي سنة ٢٧٠هـ انظر ترجمته في تهذيب الاسماء واللغات ١/١/١٨٨ رقم ١٦٥ ، تذكرة الحفاظ ٢/٥٨٦ رقم ٦١١ ، تهذيب التهذيب ٣/٢٤٥ رقم ٤٧٣ ، وفيات الاعيان ٢/٢٩١ رقم ٢٣٣ ، طبقـات السبكي ٢/١٣٢ رقم ٢٨ ، طبقات الاسنوي ١/٣٩ رقم ١٨ • وقوله : (قال الربيع) انظر رأيه في كتاب اختلاف أبي حنيفـة وابن ابي ليلى (مع الام) جـ ٧ ص ١٠٣ مبدوءا بقوله : (قال الربيع) ، وبشأن قولي الشافعي في القضاء بالعلم في الموضع نفسه وفي مختصر المزني ٥/٢٤٦ ، والام ٦/٢٢٣ ، وأدب القاضي للماوردي ٢/٣٧٠ رقم الفقرة ٣٥٥٥ •

(٧) س : لا يقضي •

[١٥٣] قلت[(٨)] :

انما اطلق الاصحاب قولين في القضاء بالعلم ، ولم يفرقوا بين ان يكون العلم الحاصل له عن مشاهدة منه ، وبين ان يكون علمه باخبار التواتر ٠

ورأيت الامام حكى هذا في موضع[(٩)] من النهاية[(١٠)] ، ونحن نحكيه[(١١)] لغرض لنا قال :

القاضي هل يقضي بعلمه ؟ فيه خلاف ، فان منعناه ، فهل يقضي بما علمه من أخبار التواتر ؟ فيه خلاف[(١٢)] [مرتب][(١٣)] على ما اذا علمه[(١٤)] بمشاهدة ، واولى بالجواز ههنا ، لانه لا تهمة تلحقه في[(١٥)]

---

(٨) ب والمطبوعة : قلت أنا ، وفي س ق ظ : قلت اطلق ٠

(٩) س ظ ق والمطبوعة : حكى هذا في هذا الموضع ، وفي ب : حكى هكذا في موضع ، وما اثبتناه عن الاصل ٠

(١٠) النهاية : هو كتاب (نهاية المطلب في دراية المذهب) لامام الحرمين الذي جمعه في مكة واتمه في نيسابور وقد أثنى عليه ابن خلكان وقال : ما صنف في الاسلام مثله قال ابن النجار انه مشتمل على أربعين مجلدا ، ثم لخصه ولم يتم ، واختصره أبو سعد عبدالله بن محمد اليمني المعروف بابن أبي عصرون المتوفى ٥٨٥هـ وسماه صفوة المذهب من نهاية المطلب وهو سبعة مجلدات انظر كشف الظنون ٢/١٩٩٠ ، وفيات الاعيان ٣/١٦٨ ضمن ترجمته المرقمة ٣٧٨ ، مفتاح السعادة ٢/٣٤١ وقد عد حاجي خليفة بسيط الغزالي كالمختصر للنهاية كشف ١/٢٤٥ ٠

(١١) ب س : نحمله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ق ظ ٠

(١٢) العبارة المبتدئة بقوله : (فان منعناه ٠٠) المنتهية هنا سقطت من ق ظ ٠

(١٣) الزيادة من سائر الاصول ٠

(١٤) ق ظ : علم

ما علمه بأخبار التواتر ، بخلاف علمه بغيرها ، فانه[16] متهم •

وهذا في غاية[17] اللطف والحسن •

[154] وقد ذكرنا من قبل[18] : ان من أقر في مجلس[19] الحكم قضى عليه ، وليس قضاء بالعلم على الصحيح ، فانه أقوى الحجج وأعلاها •

[155] فلو أقر عنده سرا هل يكون كالحكم بالعلم ؟

فيه قولان •

[156] ولو شهد عنده شاهد واحد [23/ب] بما يعلمه القاضي[20] ، هل يغني علمه عن شاهد آخر حتى يكون كشاهد[21] آخر ويقضي ؟

فيه وجهان • أصحهما لا يكفي •

★ ★ ★

---

(15) ب : لا تهمة تلحقه فيهما باخبار ، وفي س : فما علمه ، وفي المطبوعة فيمـا •

(16) س : فعرفنا انه متهم •

(17) س : غاية الحسن •

(18) الفقرة 115 من هذا الكتاب •

(19) ق ظ : في مجلس القاضي •

(20) س : بما علمه القاضي •

(21) العبارة : (حتى يكون كشاهد آخر) سقطت من ق ، وهي موجودة في ظ وفي ب س كما في الاصل •

الفصل الخامس[١]

في قضاء القاضي لاصوله وفروعه وقبول تزكياتهم وقضائه على عدوه وقضاء[٢] الوصي على الموصى عليه

[١٥٧] مذهب الشافعي رضي الله عنه انه لا ينفذ[٣] قضاؤه لوالده وان علا ، ولا لولده وان سفل ، كما لا تسمع شهادة بعضهم لبعض خلافا[٤] لصاحبيه المزني وأبي ثور[٥] في المسألتين[٦] .

---

(١) سقط هذا الفصل من ق ظ وجاء في موضعه الفصل السادس الذي يليه وقد بدىء فيهما بقوله : **فصل : اذا ثبت عند الحاكم الحق** بشهادة عدلين ولم يقل حكمت ..

(٢) س : وقضائه على الموصى عليه .

(٣) س : لا يقبل .

(٤) س : خلافا لابي ثور والمزني .

(٥) أبو ثور : واسمه ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي الامام الجليل الجامع بين علمي الحديث والفقه ، أحد الائمة المجتهدين والفقهاء البارزين المتفق على امامته وجلالته وتوثيقه وفضله ومحاسنه مشهورة ، وله كتب مصنفة في الاحكام وهو أحد أصحاب الشافعي البغداديين رواة كتاب (القديم) وهم أحمد وأبو ثور والكرابيسي والزعفراني ، ومع ذلك فهو صاحب مذهب مستقل توفي في صفر سنة ٢٤٠هـ ببغداد انظر تهذيب الاسماء واللغات ٢٠٠/٢/١ رقم ٣٠٦ ، تاريخ بغداد ٦٥/٦ رقم ٣١٠٠ ، تهذيب التهذيب ١١٨/١ رقم ٢١١ ، وفيات الاعيان ٢٦/١ رقم ٢ ، طبقات السبكي ٧٤/٢ رقم ١٥ .

(٦) بشأن رأي الشافعي وأبي ثور والمزني في هاتين المسألتين : انظر المختصر ٢٤٦/٥ الام ٢٢٣/٦ ، البحر للروياني حـ ٧ الورقة ٨٦/أ ، المهذب ٣٣١/٢ ، نهاية المحتاج ٢٤٤/٨ ، أدب القاضي للماوردي ٤١٣/٢ الفقرة ٣٧٨٠ وما بعدها .

[١٥٨] ولو رفعت[٧] قضية لوالده على ولده ، قال البغوي : لا يحكم لوالده على ولده للبعضية والتهمة ٠

[١٥٩] اما قبول تزكية والده وولده[٨] ففيه[٩] وجهان أصحهما لا تقبل ٠

[١٦٠] ولا يحكم على عدوه ، ويحكم له ٠

[١٦١] ووصي اليتيم اذا ولي القضاء ، المشهور في المذهب ، انه لا يقضي له كولده ٠

وقال الشيخ القفال : يقضي له ، لأن كل قاض فهو وليّ الايتام ٠ وهذا هو الصحيح عند متأخري الاصحاب ، وعليه العمل في الامصار ٠

* * *

---

(٧) س : وقعت ٠

(٨) ب س والمطبوعة : أو ولده ٠

(٩) ب س والمطبوعة : فيه ٠

الفصل السادس[1]
في نقض قضائه الذي وقع منه

[مقـدمة]

[اختلافهم في عد الثبوت حكما]

[١٦٢] ونقدم على هذا مقدمة لابد منها ، وهو ان الحاكم اذا ثبت عنده الحق بشهادة عدلين ، ولم يقل حكمت ولا ألزمت ، فهل مجرد[2] قوله : ثبت الحق عندي حكم [به][3] حتى لا يفتقر بعده الى قوله : حكمت أو الزمت ، أو ما يقوم مقامها ؟

فيـه وجهان[4] مشهوران ، أصحهما انـه ليس بحكم ، صرح بهما[5] الماوردي[6] ، وأشار[7] اليهما القاضي أبو الطيب ، والشيخ أبو نصـر[8] ، والشـيخ أبو اسـحاق[9] من العراقيين[10] والقاضي

---

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠٢ ب من نسخة ظ ، وفي الصفحة ١٥٥ من نسخة ق ، وقد ابتدأ بقوله : فصل : اذا ثبت عند الحاكم الحق بشهادة عدلين ..

(٢) س والمطبوعة : بمجرد ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق .

(٣) ب والمطبوعة : حكم منه والزيادة من ق ظ س .

(٤) ظ : وجهان اصحهما .

(٥) س والمطبوعة : صرح بهما كذلك الماوردي (بزيادة لفظة : كذلك) وقد سقطت هذه اللفظة وما بعدها من العبارة الى نهايتها من نسخة ق ظ .

(٦) انظر أدب القاضي للماوردي ١٠٣/٢ الفقرة ٢٢٥٣ .

(٧) س : وأشار اليهما القفال وأبو الطيب .

(٨) قوله (والشيخ أبو نصر) ليس في ب .

(٩) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٣٠٥/٢ .

(١٠) قوله : (من العراقيين) ذكر تاج الدين السبكي ان الشافعية قـد تفرقوا في البلاد ، فمنهم العراقيون ، ومنهم النيسابوريون ، ومنهم

حسين[11] ، والامام ، والشيخ أبو علي من المراوزة ، وسنذكرها في موضع سيأتي ان شاء الله تعالى[12] .

[ما ينبني على هذا الخلاف]

(١٦٣) وينبني على هـذا الخلاف رجوع الحاكم ، وتغريم[13] الشاهد اذا رجع ، واليمين المستحقة للحكم[14] على الميت والغائب على أحد القولين ، وحضور شاهد الاصل [من الغيبة ، وبرؤه من المرض .

فان قلنا : ان الثبوت ليس بحكم ، كان للحاكم التوقف في الحكم اذا رابه امر[15] . ولو رجع الشاهد بعد الثبوت وقبل الحكم ، لا يغرم ، وبعد الحكم يغرم على احد القولين[16] . ولو حضر[17] شاهد الأصل][18] . من الغيبة ، أو برىء من المرض بعد اداء[19] شهود الفرع [الشهادة][20] وقبل الحكم[21] ، لم يعمل بشهادتهم ، بل يجب

الخراسانيون ، وغير ذلك ولكل وجهة هو موليها في طرائق البحث والنظر فانظر الطبقات الكبرى ١/٣٢٤ وما بعدها .

(١١) س : وقال القاضي حسين .

(١٢) سيأتي بعد قليل فانظر الفقرة : ١٦٨ .

(١٣) س : رجوع الحاكم والشاهد وتغريمهم ، ظ ق : وتغريم الشهود اذا رجعوا .

(١٤) في الاصل : للحاكم وما اثبتناه عن سائر الاصول .

(١٥) س : اذا رآى به امرا .

(١٦) العبارة من قوله : (وحضور شاهد الاصل من الغيبة ..) الى هنا سقطت من ق ظ وهي أيضا ساقطة من الاصل .

(١٧) ق ظ : وان .

(١٨) ما بين القوسين ساقط من الاصل واثباته عن ب س وقد سقط قسم منه من ق ظ .

(١٩) س : قبل اداء .

(٢٠) الزيادة من سائر النسخ .

(٢١) في الاصل : وقبل الحاكم والتصحيح من سائر النسخ .

على شاهد الاصل أداء الشهادة ليعمل بها ، واذا قامت البينة على ميت ، أوغائب ، فقد ثبت الحق ، بمعنى ظهر للحاكم [٢٤/أ] صدق المدعي، فلوسأل [من][٢٢] الحاكم الحكم له بالحق ، فلابد من يمين للحكم[٢٣] على الميت قولا واحدا ، وللحكم[٢٤] على الغائب على أصح القولين •

وان قلنا : ان الثبوت حكم ، فمتى قال الحاكم : ثبت عندي الحق ، فهذا حكم منه به الآن ، فتبتني عليه أحكام[٢٥] الحكم التي ذكرناها جميعها ، فلا يحتاج معه الى قوله : وحكمت به •

[١٦٤] بقي ههنا بحث ، وهو أنا اذا قلنا : ان الثبوت حكم ، وكان الحق على ميت فلابد[٢٦] فيه من اليمين ، ووقتها بعد تكمل[٢٧] الشهادة ، واقامة[٢٨] البينة ، فحينئذ يشرع اليمين ، فيحلف الحاكم صاحب الحق اليمين المعتبرة فيه ، ثم يقول : ثبت عندي حق هذا المدعي على المدعى عليه [كما يحلفه للحكم ، ثم يحكم بعد تقديم اليمين عليه][٢٩] •

[١٦٥] وهذا تحقيق لابد من ذكره ، ولم أر أحدا من أصحابنا صرح به ، بل ما صرح أحد من الشارحين بالخلاف في ان الثبوت حكم ، أو ليس بحكم الا شذوذ منهم •

[١٦٦] فحصل من هذا ان البينة اذا اقيمت على ميت أو غائب فلا

---

(٢٢) الزيادة من سائر الاصول •
(٢٣) في الاصل : ليحكم وما أثبتناه من سائر النسخ •
(٢٤) في الاصل : وليحكم وفي ق ظ : أو للحكم ، وما أثبتناه عن ب س •
(٢٥) س : الاحكام التي ذكرناها •
(٢٦) ب : فلابد من اليمين •
(٢٧) س والمطبوعة : بعد تكملة وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ق ظ •
(٢٨) ب ق س والمطبوعة : وقيام البينة وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ •
(٢٩) الزيادة من سائر النسخ •

بجعله حكما ما لم يحلف • فاذا حلف ، قلنا ثبت ، وهذا الثبوت نفسه هو عين الحكم ، وقيل : اليمين ، وان تمت الشهادة لا نقول ثبت •

وان كانت البينة(٣٠) مقامة على حاضر كان مجرد قول الحاكم ثبت عندي كذا بعد أداء الشهادة ، ثبوتا ، وهو حكم بعينه •

[١٦٧] نعم قال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير :

اذا ادعى على ميت او غائب حقا ماليا ، وشهد له به شاهد واحد ، وحلف(٣١) مع شاهده ، ثبت الحق ، واغنت [هذه](٣٢) اليمين المكملة للبينة عن يمين الحكم(٣٣) على الميت فلا تجب عليه يمين ثانية على أصح الوجهين •

هكذا قاله الشيخ أبو علي ، وهو غريب حسن •

[وذكر البغوي فيه وجهين متقابلين](٣٤) •

وسئل الغزالي في فتاويه عن هذه المسألة الأخيرة ، فقال : تكفي(٣٥) يمين واحدة تكمل البينة مع الشاهد وللحكم(٣٦) ، ولم يذكر فيه خلافا •

[١٦٨] والذي عندنا في هـذا كله ما هو المختار عندنا ، وهو ان الثبوت ليس حكما ، وانه لابد من يمين الحكم(٣٧) على الغائب كالميت •

---

(٣٠) ق ظ : وان كانت البينة على حاضر •

(٣١) س : فحلف •

(٣٢) الزيادة من سائر النسخ وفي س : واغنت هذه اليمين عن يمين الحكم •

(٣٣) في الاصل : الحاكم ، وما اثبتناه عن سائر النسخ •

(٣٤) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن ب ومن المطبوعة ، وزيادته عن س ق ظ •

(٣٥) س : يكتفى بيمين واحدة •

(٣٦) في المطبوعة : للحكم (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن الاصل وعن ب س ق ظ •

(٣٧) ب س ق ظ والمطبوعة : يمين للحكم وما اثبتناه عن الاصل •

وانه اذا حلف مع شاهده في حق مالي ثبت[٣٨] بالشاهد واليمين فقد تم ، لأن الثبوت[٣٩] اما بالشاهد فقط على وجه ، أو باليمين [فقط][٤٠] على وجه ، أو بهما على وجه ، وهو[٤١] الصحيح ، فاذا طلب المشهود له الحكم ، أو طلب استيفاء الحق من مال الميت المدين أو الغائب المدين [٢٤/ب] فلابد من يمين يستحلفه[٤٢] الحاكم بها ، كما سنصفه في الدعاوى[٤٣] ان شاء الله تعالى •

[الاحكام التي لا يدخلها النقض]

[١٦٩] عدنا الى نقض قضائه ، واذا حكم في واقعة ، ان حكم فيها[٤٤] باجتهاده لخلوها عن نص ، أو لم يكن مجمعا عليها ، لم ينقضه باجتهاد ثان[٤٥] يقارب ظنه الاول ويناقضه[٤٦] •

[الاحكام التي يدخلها النقض]

[١٧٠] وانما ينقض حكمه الواقع على خلاف نص الكتاب أو السنة المتواترة أو الاجماع أو القياس الجلي •

---

(٣٨) س : مع شاهده في مال ثبت • ق : في حق مالي يثبت •
(٣٩) ب والمطبوعة : فقد تم الآن الثبوت •
(٤٠) الزيادة من سائر النسخ •
(٤١) س ب ق ظ والمطبوعة : هو (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن الاصل •
(٤٢) س : فيحلفه •
(٤٣) س : في اليمين في الدعاوى وما اثبتناه عن الاصل وعن سائر النسخ وعن الباب الثالث الذي سيأتي وعنوانه في الدعاوى وفيه فصول •
(٤٤) العبارة (ان حكم فيها) سقطت من س ق ظ •
(٤٥) س : باجتهاد بان يقرب •••
(٤٦) ظ : فيناقضه •

[١٧١] وينقض قضاؤه المستند الى اجتهاده المخالف خبر الواحد(٤٧) الصريح الصحيح الذي لا يحتمل(٤٨) الا تأويلا بعيداً ، ينبو الفهم عن قبوله على الاصح •

وقيل لا ينقض •

[١٧١] مثاله :

قضاء الحنفي في مسألة خيار المجلس بنفيه ، وفي العرايا ، وذكاة الجنين والنكاح بلا ولي(٤٩) •

وقيل : ان الاصح انه لا ينقض في مسالة النكاح بلا ولي(٥٠) •

[١٧٢] وينقض ايضا قضاؤه اذا حكم بشهادة الفاسقين على الاصح ، وكذلك من قضى بصحة بيع امهات الاولاد نقضناه(٥١) على الاصح •

[١٧٣] قال أصحابنا :

---

(٤٧) ق ظ : خبر الواحد الصحيح •

(٤٨) ظ : لا يحتمل تأويلا •

(٤٩) في س تقديم وتأخير في العبارة كالآتي : والنكاح بلا ولي وينقض أيضا قضاؤه اذا حكم بشهادة الفاسقين على الاصح ، وقيل ان الاصح انه لا ينقض في مسألة النكاح بلا ولي ، وينقض اذا حكم بشهادة فاسقين على الاصح ، وكذا من قضى بصحة بيع امهات الاولاد ينقضه على الاصح •

(٥٠) في ظ ق زيادة بعد قوله : (بلا ولي) هي قوله : (وصححه في الروضة) وليست هذه الزيادة موجودة في الاصل ولا في س ب وقد ثبتها محقق المطبوعة في المتن ، ولم يصحح ذلك شريح الروياني في روضته واكتفى بالقول : (وفي النكاح بغير ولي وشهود ونكاح المتعة هل ينقض حكم الحاكم وجهان بناؤهما على الوجهين في وجوب الحد لو حصل الدخول وذكر الاصطخري انه يحد وينقض الحكم) روضة الحكام الورقة ٣٩ ب •

(٥١) ق ظ والمطبوعة : (نقض على الاصح) وفي س : ينقضه ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

وينقض قضاء الحنفي في مسألة المثقل[٥٢] ، ومعظم مسائل الحدود والغصب .

[١٧٤] وقال الشافعي رضي الله عنه : انقض قضاء من حكم لزوجة المفقود ان تنكح بعد تربص أربع سنين ، وان كان ذلك مذهب عمر رضي الله عنه .

[١٧٥] وكذلك ينقض قضاء الحنفي على أحد الوجهين في مسألة العبد المأذون له في التجارة اذا تعدى ما صرح له[٥٣] السيد بالاقتصار عليه ، فان أبا حنيفة صار الى جواز تصرف العبد المأذون[٥٤] في التجارة في البر[٥٥] فقط ، فأجاز[٥٦] له التصرف بالتجارة وغيرها بقياس ضعيف رآه[٥٧] وهو قوله : ان هذا العبد لما تعلقت العهدة به فيما اذن له فيه صار كسيده ، وله ان يفعل ما يريد كالسيد[٥٨] .

وهذا من أبعد الاقيسة وأقربها الى البطلان .

ونحن نقول : العبد لا يتصرف في مال[٥٩] سيده قبل اذنه الا

---

(٥٢) المثقل ، وهو القتل بأداة ثقيلة .
(٥٣) س : صرح به وفي المطبوعة : صرح له به السيد .. بزيادة لفظة (به) وهو سهو .
(٥٤) س والمطبوعة : المأذون له في التجارة .
(٥٥) ق والمطبوعة : البز (بالزاي) .
(٥٦) في سائر النسخ وفي المطبوعة : (فأجاز تصرفه في غيره بقياس .. وما اثبتناه عن الاصل .
(٥٧) ظ : يراه ، ق : رواه ، وفي ب س والمطبوعة : بقياس ضعيف واه ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٥٨) انظر رأي الحنفية في هذه المسألة في فتح القدير : ٧/٣٣٥ ، ٣٥٩ .
(٥٩) س : في مال سيده الا باذنه .

باذنه ، وهذا يوافقنا الخصم عليه(٦٠) ، فنقول : من تصرف باذن اقتصر على ما يؤذن له ، [وهذا(٦١) قياس جلي ظاهر لامور قاطعة ، منها(٦٢) : نهي الضرر عن السيد المالك لهذا العبد ، ولما يتصرف فيه](٦٣) فأين العهدة وتعلقها من هذا ؟ انما العاقد تتعلق به عهدة العقد الذي عقده(٦٤) ، فيصير كالوكيل المتصرف [في تصرف خاص باذن موكله](٦٥) .

[١٧٦] وقد قابلنا محمد بن الحسن بمثل ما صرنا اليه ، ووافقه جماعة من [٢٥/أ] متقدميهم ، قالوا :

ينقض(٦٦) قضاء من قضى بالشاهد واليمين(٦٧) ، هذا مع ما اشتهر عندهم من قضاء المصطفى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الاربعة بعده رضي الله عنهم بالشاهد واليمين(٦٨) .

---

(٦٠) س ظ : الخصم فيه .
(٦١) س : هذا .
(٦٢) س : فيها ، اما النسختان ق ، ظ فقد سقطت الفقرات الآتية منهما وانتقل الكلام فيهما الى قوله : ولو حكم الحاكم بشهادة شاهدين الذي سيرد في نهاية هذا الفصل في الفقرة ١٧٧ .
(٦٣) الزيادة من س ب .
(٦٤) س : عنده .
(٦٥) الزيادة من س ب .
(٦٦) س : ينتقض .
(٦٧) انظر رأي محمد بن الحسن ومن وافقه من متقدمي الحنفية في كتاب شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد : ١٢٣/٣ ، الفقرة ٦٤٥ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ (تحت الطبع) الفقرة ٤١٠٠ .
(٦٨) قوله اشتهر عندهم من قضاء المصطفى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الاربعة بعده بالشاهد واليمين ، روى في ذلك أحاديث كثيرة منها

[١٧٧] ولو حكم الحاكم بشهادة شاهدين ، أو بشاهد(٦٩) ويمين ، ثم بان كونهما فاسقين ، نقض الحكم على أصح القولين •

[١٧٨] ولو بان كونهما عبدين أو كافرين أو صبيين نقض الحكم قطعا •

[١٧٩] ولا خلاف ان الشاهدين لو رجعا بعد الحكم بشهادتهما عن الشهادة ، وصرحا بكذبهما ، لم ينقض الحكم برجوعهما ، وفائدة

ما رواه المحدثون عن ابن عباس وعن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد فانظر صحيح مسلم - كتاب الاقضية ٣/١٣٣٧ رقم ١٧١٢ ، وصحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢ - ٤ ، ورواه أبو داود في كتاب الاقضية من سننه (سنن أبي داود ٣/٣٠٨ رقم ٣٦٠٨) وابن ماجة في الاحكام (سنن ابن ماجة ٢/٧٩٣ رقم ٢٣٧٠) وابن الجارود في المنتقى (ص ٣٣٥ رقم ١٠٠٦) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٦٧) والدارقطني ٤/٢١٤ ، والشافعي (الام ٦/٢٧٣ ، مسند الشافعي ٦/١٥٦ ، المختصر ٥/٢٥٠) والترمذي (سنن ٢/٣٩٩ رقم ١٣٥٨) وانظر جامع الاصول ١٠/٥٥٥ رقم ٧٦٥٩ وما بعدها وموطأ مالك (في صلب تنوير الحوالك) ٢/١٠٨ والمطالب العالية ٢/٢٥٢ رقم ٢١٤٠ وقد عده السيوطي متواترا لروايته عن أكثر من عشرة من الصحابة (الازهار المتناثرة ٣٥ رقم ٩٣) ، وانظر نظم المتناثر في الحديث المتواتر ١٠٩ ، وانظر بشأن هذا الحديث نصب الراية ٤/٩٦ - ١٠١ ، مجمع الزوائد ٤/٢٠٢ ، وقد عقد الماوردي في أدب القاضي بابا في الاقضية واليمين مع الشاهد عرض فيه لكثير من الاحاديث في هذا الشأن فانظر ح ٣ تحت الطبع الفقرة ٤٠٩٧ وما بعدها وقد قمنا بتخريجها مفصلا •

(٦٩) ب والمطبوعة : أو شاهد •

رجوعهما تغريمهما[٧٠] على أحد القولين ما أخذه المشهود له بشهادتهما للمشهود عليه ٠

[١٨٠] وفي هـذا تفصيل وصور متنوعة محلهـا كتب المذهب فلا تطويل[٧١] بها ههنا ٠

★ ★ ★

(٧٠) ق ظ : (تغريم ما اخذه المشهود له بشهادتهما للمشهود عليه على أحد القولين) ثم انتقل الكلام فيهما الى قوله : (فصل : اذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية فحكما رجلا ٠٠) وهكذا ينتقـل الكلام فيهما الى فصل التحكيم وهو الفصل الثامن ٠

(٧١) والمطبوعة : فلا نطول ٠

الفصل السابع[1]

في ان حكم الاحكام لا يحيل الامور عما هي عليه عندنا

[١ ـ في الفروج والنسب]

[١٨١] وقال أبو حنيفة[2] : يحيلها[3] في[4] الفروج والنسب دون الانفس والاموال .

[١٨٢] ومثاله[5] : ما اذا شهد شاهدان ، فقبل[6] القاضي أقوالهما عنده ، على رجل انه طلق زوجته ثلاثا ، وفرّق الحاكم بينهما[7] بشهادتهما ، وهما عالمان بكذبهما ، فانه لا يجوز لواحد منهما ان يتزوج بها مع علمه بالحال[8] . وقال أبو حنيفة : يجوز[9] .

---

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ٩٢/أ ـ ٩٥/أ من نسخة ظ ، وفي الصفحة ١٤٤ ـ ١٤٧ من نسخة ق بعنوان : فصول متفرقة من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم قضاء القاضي لا يحيل الامور عما هي عليه وقال أبو حنيفة ..

(٢) انظر رأي الامام أبي حنيفة وأصحابه في كتاب فتح القدير ٤٩٢/٥ ، رد المحتار ٤٠٥/٥ ، روضة القضاة ٣٢٠/١ .

(٣) س : يحلها .

(٤) ب : الى .

(٥) س : مثاله .

(٦) ب والمطبوعة : (يقبل القاضي أقوالهما عنده) وقد سقطت هذه الجملة من ق ظ .

(٧) ق ظ : وفرق الحاكم بشهادتهما بينهما .

(٨) ظ : الحال .

(٩) انظر هذه المسألة ورأي الحنفية فيها في كتاب شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد ابن مازة ١٧٢/٣ رقم ٦٧٧ وما بعدها .

[١٨٣] وكـذلك[١٠] لو ادعى رجـل على امـرأة[١١] انـه تزوجها[١٢] ، ولم يكن في نفس الامر تزوجها[١٣] ، فشهد له شاهدان انه تزوجها ، وحكم الحاكم بشهادتهما حلت له عنده ظاهرا وباطنا ، وعندنا لا تحل له اصلا[١٤] .

[١٨٤] ولو شهد شاهدا زور لرجل ان هـذه المرأة ابنته[١٥] ، ثبت نسبها منه ظاهرا وباطنا ، وصار محرما لها ، وورثها[١٦] .

[١٨٥] ووافقنا على انه اذا[١٧] ادعى على حرة انها امته ، وشهد له بذلك شاهدا زور ، وحكم له الحاكم بها ، ليس له وطؤها .

وكذلك لو طلق زوجته ثلاثا ، ثم ادعى أنه زوجته ، وشهد لـه شاهدا زور بذلك ، وقضى[١٨] القاضي بالزوجية لا يحل له وطؤها ، لا[١٩] خلاف بيننا وبينه في ذلك . وكذلك في الاموال والقصاص لا تحل له بالحكم[٢٠] بها بشهادة الزور .

[٢ ـ القضاء في المجتهدات]

---

(١٠) ق : وكذا .
(١١) ظ : امرأته .
(١٢) س : زوجها .
(١٣) س : زوجها .
(١٤) س : لا تحل أصلا .
(١٥) ظ ق : ابنة له .
(١٦) س والمطبوعة : ووارثها ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب ق ظ .
(١٧) في الاصل : على ما اذا ، وما اثبتناه عن سائر النسخ .
(١٨) ق ظ : وقضى له القاضي .
(١٩) في الاصل : بلا خلاف وما اثبتناه عن سائر النسخ .
(٢٠) س : لا يحل ما يحكم بها شهادة (كذا) .

[١٨٦] اما قضاء القاضي في المجتهدات بما غلب على ظنه ، وأدى اليه اجتهاده فذهب[٢١] المتقدمون من أصحابنا ، وجماهير الفقهاء الى انه ينفذ ظاهرا وباطنا ، ويصير المقضي هو حكم الله تعالى باطنا وظاهرا •

وذلك مثل قضاء القاضي الحنفي بالشفعة للجار ، والمقضي له شافعي[٢٢] ، [٢٥/ب] فينفذ هذا ظاهرا[٢٣] وباطنا ، ويحل للشافعي[٢٤] الاخذ بهذه الشفعة •

وذهب الاستاذ أبو اسحاق الاسفرايني[٢٥] من أصحابنا الى انه لا ينفذ في الباطن ، لأن الحق عند الله تعالى لا يتغير بقضاء القاضي[٢٦] •
وقال بعض أصحابنا :

---

(٢١) في المطبوعة وسائر النسخ : ذهب ، وما اثبتناه عن الاصل •
(٢٢) س ب والمطبوعة : شفعوى •
(٢٣) ب : ينفذ ظاهرا ، س والمطبوعة : فينفذ ظاهرا ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ق ظ •
(٢٤) ب والمطبوعة : للشفعوي •
(٢٥) أبو اسحاق الاسفرايني : هو الفقيه الشافعي ابراهيم بن محمد بن ابراهيم بن مهران الامام في الكلام والاصول والفقه ، وأحد العلماء الذين بلغوا حد الاجتهاد ، لتبحره في العلوم ، واستجماعه شروطه ، مبالغا في الورع ، ارتحل في طلب العلم ، ثم دخل بغداد فأقام بها حتى اذا بلغ منزلة من العلم انصرف الى نيسابور ودرس في المدرسة التي بنيت له فيها ، اقر له العلماء بالعراق وخراسان بالتقدم والفضل ، له تصانيف فائقة منها كتاب الجامع في أصول الدين والرد على الملحدين ، توفي في نيسابور ٤١٨هـ انظر تهذيب الاسماء واللغات ١/٢/١٦٩ ـ ١٧٠ رقم ٢٧١ ، طبقات الشافعية الكبرى ٤/٢٥٦ رقم ٣٥٧ ، الانساب ٣٣/ب ، تبيين كذب المفتري ٢٤٣ ، وفيات الاعيان ١/٢٨ رقم ٤ •
(٢٦) رأي الاستاذ أبي اسحاق الاسفرايني تجده في تهذيب الاسماء واللغات نقله النووي ذاكرا ان ابا اسحاق الاسفرايني كان يقول : القول

ان كان المحكوم له عالما بالادلة[٢٧] لم ينفذ القضاء في حقه باطنا [ولا يحل له أخذه بشفعة الجوار ، وان كان عاميا نفذ في حقه باطنا][٢٨] وكان له الاخذ بها[٢٩] .

اما المقضي عليه اذا كان شافعيا ، والقاضي حنفي[٣٠] ، والمقضي له بشفعة الجوار حنفي أيضا ، فحق على المقضي عليه ان[٣١] يذعن لقضائه ، والله تعالى اعلم بالمحق[٣٢] ممن يثبت الشفعة أو ينفيها .

[أصل الخلاف هل كل مجتهد مصيب ؟]

[١٨٧] واصل الخلاف في هذه المسألة ينبني على ان المجتهد المصيب واحد ، أو ان كل مجتهد مصيب .

فمن قال : كل مجتهد مصيب ، كان الحق على مذهبه في جهات متعددة ، فينفذ حكم الحاكم[٣٣] في المجتهدات ظاهرا وباطنا .

ومن قال : انالمصيب واحد ، فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها الله تعالى ، فلا ينفذ ظاهرا وباطنا ، بل ظاهرا فقط .

بأن كل مجتهد مصيب اوله سفسطة وآخره زندقة ، ولا يصح قول من قال انه قول الشافعي (تهذيب الاسماء واللغات ١/٢/١٧٠) .

(٢٧) ب س والمطبوعة : بالدليل .

(٢٨) الزيادة من سائر النسخ .

(٢٩) في ق ظ زيادة بعد هذا وهي قوله : وينبغي تخصيص هذا بالعالم المجتهد دون غيره .

(٣٠) ق ظ : حنفيا .

(٣١) ظ : ان لا يذعن .

(٣٢) في الاصل : بالمستحق ، وما اثبتناه عن سائر النسخ .

(٣٣) س : حكم القاضي . ق : حكم الحق .

[١٨٨] واعلم ان هذه قاعدة أصولية تبني[٣٤] عليها فروع المذهب[٣٥] في المجتهدات والاصول[٣٦] ، لا[٣٧] تقليد فيها ، وانما مذهب الشافعي رضي الله عنه فيها[٣٨] مختلف[٣٩] فيه ، بناء على اختلاف الرواية .

قال القاضي أبو الطيب الطبري :

مذهبنا : ان الحق في واحد من أقاويل المجتهدين ، وليس كل مجتهد مصيبا ، وقد نصب الله تعالى دليلا على الحق ، فمن أصابه فقد أصاب الحق ، وله اجران ، ومن اجتهد فاخطأه فقد اخطأ الحق [وتعدى فيه][٤٠] وله اجر على اجتهاده .

قال :

ومن أصحابنا من قال[٤١] : مذهب الشافعي ان الحق [في][٤٢] واحدا من أقاويل المجتهدين ، غير انهم لم يكلفوا اصابة الحق ، وانما كلفوا الاجتهاد ، فمن اجتهد ، فأدى اجتهاده الى حكم ، فقد أدى ما كلف[٤٣] ، سواء أصاب الحق أو أخطأه .

---

(٣٤) س : تبنى .
(٣٥) س والمطبوعة : المذاهب .
(٣٦) ق : والاحوال .
(٣٧) س : ولا .
(٣٨) سقطت لفظة (فيها) من ب س والمطبوعة .
(٣٩) ق ظ : مختلف بناء (بسقوط لفظة : فيه) .
(٤٠) الزيادة من سائر النسخ .
(٤١) س : من قال ان الحق .
(٤٢) الزيادة من سائر النسخ .
(٤٣) س : ما كلف به (بزيادة لفظة : به) وهو اختيار محقق المطبوعة .

هذا كلامه .

وقال القاضي حسين :

مذهب الشافعي المختار : ان كل مجتهد مصيب ، الا ان احدهم مصيب[٤٤] للحق[*] عند الله تعالى ، والباقون أصابوا الحق عند انفسهم .

وقال الماوردي[٤٥] :

الظاهر من مذهب الشافعي ان على المجتهد ان يقصد باجتهاده طلب الحق عند الله تعالى ، لأن الحق ما كان حقا عند الله تعالى لا عند غيره ، ويشبه ان يكون مذهب المزني ان عليه [٢٦/أ] ان يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه لا ما عند الله تعالى ، لأن ما عند الله تعالى لا يعلم الا بالنصوص .

قال :[٤٦]

ومذهب الشافعي ان الاختلاف الواقع بين المجتهدين في الاحكام الشرعية الحق في احدها ، وان لم يتعين لنا ، وهو عند الله

---

(٤٤) ق : يصيب .

(*) س ق ظ : الحق .

(٤٥) انظر كلام الماوردي في أدب القاضي ٥٢١/١ وما بعدها الفقرة ١٢٠٠ وما بعدها ، وقد حصل في نسخة ظ تشويش في نقل اللفظ فقال : وقال الماوردي الظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله ان على المجتهد ان يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه لا ما عند الله تعالى ، لأن ما عند الله تعالى لا يعلم الا بالنصوص .. وفي العبارة نقص كما ترى ، وقد سقطت هذه الفقرة من نسخة ق وانتقل الكلام فيها الى قوله : ومن المسائل الفروعية ...

(٤٦) أي الماوردي ، فانظر كلامه في أدب القاضي ٥٢٦/١ وما بعدها الفقرة ١٢٢٠ وما بعدها .

تعالى متعين ، ثم مذهبه أيضا ، وهو ما ظهر[٤٧] في أكثر كتبه ان المصيب منهم واحد وان لم يتعين ، وجميعهم مخطئون الا ذلك الواحد ، فمن أصاب الحق فقد أصاب عند الله تعالى وأصاب في الحكم ، ومن اخطأ فقد أخطأ عند الله تعالى واخطأ في الحكم[٤٨] .

وروى عن الشافعي انه قال :

كل مجتهد مصيب .

رواه عنه بعض أصحابه[٤٩] .

[مسائل من القضاء في المجتهدات]

[١٨٩] ومن المسائل الفروعية [في القضاء][٥٠] في المجتهدات ما لو

---

(٤٧) ب : ثم مذهبه في أكثر كتبه . س : ثم مذهبه أيضا وما يوجد في أكثر كتبه ، وما أثبتناه عن الاصل ، وفي أدب القاضي للماوردي : فمذهب الشافعي وما ظهر منه في أكثر كتبه .. (١/٥٢٦) الفقرة ١٢٢٠ .

(٤٨) قول الشافعي في مسألة التخطئة والتصويب للمجتهدين تجده في كتاب الام ٦/٢٠٥ ، ٧/٢٧٤ — ٢٧٥ ، والرسالة ٤٩٤ ، أدب القاضي للماوردي ١/٥٢٦ الفقرة ١٢٢٠ المنخول ٤٥٣ ، المستصفى ٢/٣٦٣ ، فواتح الرحموت ٢/٣٨٠ .

(٤٩) قوله : وروى عن الشافعي انه قال كل مجتهد مصيب .. رواه عنه بعض أصحابه ، قلت انظر ذلك في اللمع لابي اسحاق الشيرازي ٧٦ ، الاحكام للآمدي ٤/٢٧٤ ، المعتمد ٢/٩٤٩ ، ارشاد الفحول ٢٦١ .

(٥٠) الزيادة من س ق ، وفي ظ : ومن المسائل الفروعية في القضاء ما لو خلل (بسقوط لفظة : في المجتهدات) .

خلل حنفي خمرا فاتلفها شافعي[٥١] فترافعا[٥٢] الى حاكم حنفي ، وأثبت المدعي بالبينة اتلافه لها بعد تخللها ، فقضى بوجوب الضمان عليه لزمه[٥٣] ذلك قولا واحدا بحكم الحاكم ، حتى لو لم يكن للمدعي بينة ، فحلف المدعى عليه انه لا يلزمه شيء كان كاذبا في يمينه حانثا ، لأن الاعتبار باعتقاد القاضي دون اعتقاده ٠

[١٩٠] ولو طلق الرجل زوجته بلفظ البينونة ، ثم راجعها في العدة ، فامتنعت من تمكينه حتى انقضت عدتها ونكحت زوجا آخر ، وترافع الزوجان الاول والثاني الى الحاكم وتداعياها[٥٤] فان كان القاضي شافعيا[٥٥] ، وقضى بصحة الرجعة ، وفساد النكاح الثاني ، نفذ قضاؤه وحلت للاول ظاهرا[٥٦] وباطنا ، وحرمت على الثاني باطنا وظاهرا[٥٧] ٠

وان كان القاضي حنفيا ، وقضى بسقوط الرجعة وصحة نكاح[٥٨] الثاني ، حرمت على الاول باطنا وظاهرا ، وحلت للثاني باطنا وظاهرا[٥٩] ٠

---

(٥١) ب والمطبوعة : شفعوي ٠
(٥٢) س : وترافعا ٠
(٥٣) ق ظ : يلزمه ٠
(٥٤) ظ : وتداعيا ٠
(٥٥) ب والمطبوعة : شفعويا ٠
(٥٦) ب والمطبوعة : باطنا وظاهرا ٠
(٥٧) العبارة (وحرمت على الثاني باطنا وظاهرا) سقطت من س ٠
(٥٨) ب والمطبوعة : النكاح الثاني ٠
(٥٩) العبارة (وان كان القاضي حنفيا وقضى بسقوط ٠٠) الى نهايتها هنا سقطت من ق ظ ٠

[١٩١] اما اذا باع جارية من رجـل ، فجحد المشتري الشراء ، وحلف ، وقضى القاضي بها للبائع ، قال الشافعي : ينبغي للقاضي ان يقول للجاحد : ان كنت اشتريتها منه [فاستقله ويقول للبائع : ان كنت بعتها منه][٦٠] فاقله ، لتحل للبائع باطنا [وظاهرا][٦١] • فان لم يفعلا ، أو فعل واحد دون الآخر ، قال الشيخ أبو علي : ذكر الشافعي فيـه ثلاثة أقوال : فقال : قد قيل لا يحل للبائع وطؤها قياسا على الطلاق ، والثاني : انه اذا جحد وحلف ، فقـد ردّ البيع برضـاه ، وقطع الملك ، فللبائع ان يسترجع[٦٢] [٢٦/ب] ان شاء ، ويقبل الرد ، ليحل له الرد • والثالث : انه اذا جحد ، وحلف ، تعذر على البائع أخذ الثمن منه ، فيرجع في عين ما باعه ، ويفسخ العقد فيه ، كمن افلس بالثمن ، كان للبائع الرجوع في عين ماله •

وقال الماوردي : فيه ثلاثة اوجه :

احدها : انها[٦٣] تعود الى البائع ملكا للمشتري ليبيعها فيما يستحقه من ثمنها عليه ، ولا يحل له وطؤها ، وما يزيد من ثمنها يلزمه رده على المشتري ، وما نقص[٦٤] يبقى له في ذمته •

والوجه الثاني : ان الجحود يجري مجرى الاقالة ، فان أراد البائع اعادتها الى ملكه اظهـر الاقالة ، وحكم له بعـد اظهارها ، وان لم يرد

---

(٦٠) الزيادة من سائر النسخ •
(٦١) الزيادة من ب فقط •
(٦٢) س : يرجع ان شاء وقبل الرد •
(٦٣) لفظة (انها) سقطت من سائر النسخ ومن المطبوعة وجاءت فيها العبارة : احدها يعود وما اثبتناه عن الاصل •
(٦٤) ق ظ : وما نقص منه يبقى في •

اعادتها[٦٥] الى ملكه لم تحل له ، وكانت في يده ليستوفي ببيعها ما له من ثمنها ، وفي جواز انفراده ببيعها وجهان •

والثالث : ان الجحود يجرى مجرى الفلس ، لتعذر الوصول الى الثمن ، فان أراد ان يتملكها ، قال : قد اخترت عين مالي ، وفي جواز انفراده[٦٦] بهذا القول من غير حاكم وجهان ، ثم هي حلال له ، وان لم يرد ان يتملكها كانت[٦٧] في يده للمشتري[٦٨] ، ليستوفي[٦٩] ثمنها من بيعها •

[١٦٢] وقال القاضي أبو الطيب •

اذا تحالف المتبايعان عند الاختلاف ، ان قلنا : لا[٧٠] ينفسخ بنفس التحالف ، بل بحكم الحاكم ، هل ينفذ ظاهرا وباطنا [ام ظاهرا][٧١] فقط ؟ فيه وجهان •

وقال الامام :

اذا فوضنا الفسخ الى القاضي[٧٢] ، فالمذهب الظاهر ان الفسخ[٧٣]

---

(٦٥) س : اعادتها لجهة الاقالة وحكم له بعد اظهارها ، والثاني ٠٠ (كذا وفيه نقص ظاهر) •
(٦٦) س : تفرده •
(٦٧) ب : كانت يده (بسقوط لفظة : في) •
(٦٨) ظ : يد المشتري •
(٦٩) ب : يستوفي •
(٧٠) لفظة (لا) سقطت من ب •
(٧١) الزيادة من سائر الاصول •
(٧٢) ب س والمطبوعة : الى الحاكم ، وقد سقطت من ق ظ •
(٧٣) العبارة : (الى القاضي فالمذهب الظاهر ان الفسخ) سقطت من ق ظ •

يقع باطنا ، لينتفع به المحق المعذور ، وان جوزنا الفسخ للمتعاقدين ، فان تطابقا عليه انفسخ باطنا كالمقايلة ، وان فسخ الصادق منهما انفسخ باطنا أيضـا[٧٤] • وان فسخ الكاذب ، لم ينفسخ في الباطن ، ولكن طريق الصادق انشاء الفسخ ان اراده •

[١٩٣] وهل[٧٥] يجوز وطء الجارية للمشتري بعد التنازع[٧٦] ، وقبل التحالف ؟ فيه وجهان ، وبعـد التحالف وقبل التفاسخ ؟ وجهان مرتبان ، لاشرافه على الزوال ، والاقيس الجواز ، استمرارا للملك[٧٧] •

[١٩٤] وقال الماوردي في اختلاف المتبايعين :

مهما[٧٨] انفسخ البيع في التحالف ، هل ينفسخ ظاهرا وباطنا ؟ أو ظاهرا[٧٩] دون الباطن ؟ فيه ثلاثة اوجه •

احدها : ينفسخ البيع[٨٠] [٢٧/أ] ظاهرا وباطنا ، سواء كان البائع ظالما أو مظلوما كاللعان •

والثاني : ينفسخ ظاهرا لا باطنا[٨١] [سواء كان البائع ظالمـا أو

---

(٧٤) ب والمطبوعة : انفسخ أيضا باطنا •
(٧٥) ب ظ ق والمطبوعة : ثم هل •
(٧٦) س : وهل يجوز للبائع وطء الجارية أو للمشتري (وهو سهو) •
(٧٧) س : لاستمرار الملك ، وفي ظ : استمراراً لملك اليد ، وفي ق : لاستمرار ملك اليد •
(٧٨) س : مهما اختلف المتبايعان وتحالفا هل ينفسخ ظاهرا أو باطنا •
(٧٩) ب والمطبوعة : أو في الظاهر دون الباطن •
(٨٠) ب والمطبوعة : ينفسخ ظاهرا وباطنا (بسقوط لفظة : البيع) •
(٨١) ب س والمطبوعة : ينفسخ ظاهرا دون الباطن •

مظلوما][82] .

والثالث : ان كان البائع مظلوما انفسخ ظاهرا وباطنا ، وان كان ظالما لم ينفسخ الا ظاهرا .

وهكذا ذكره[83] الشيخان أبو نصر وأبو اسحاق[84] .

* * *

(٨٢) الزيادة من سائر النسخ .

(٨٣) س : لم ينفسخ الا ظاهرا ذكره الشيخان . ق ظ : وهكذا ذكره الشيخ أبو نصر ..

(٨٤) انظر المهذب ١/٣٠٠ - ٣٠١ ، وقد جاء في ظ ق بعد هذا الكلام مباشرة قوله : فصل آخر : الحاكم مأمور بالعدل والانصاف بين المتحاكمين .. وهو الفصل الاول من الباب الثاني وقد مر ..

الفصل الثامن[١]

في التحكيم[٢]

[جواز التحكيم ونفاذه]

[١٩٥] اذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية ، فحكما[٣] رجلا ، هل ينفذ حكمه ؟

فيه قولان :

وفي النكاح قولان مرتبان عليه[٤] .

وفي العقوبات قولان مرتبان عليه .

ولايخفى على الفقيه وجه الترتيب .

[١٩٦] واختلف الاصحاب في محل القولين :

فمنهم من قال : ان كان في البلد قاض لم يجز التحكيم قولا واحدا ، وانما القولان فيما اذا لم يكن هناك قاض[٥] .

---

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠٤/أ من نسخة ظ والصفحة ١٥٧ من نسخة ق .

(٢) بشأن التحكيم انظر أدب القاضي للماوردي ٢/٣٧٩ الفقرة ٣٥٩٦ وما بعدها . نهاية المحتاج ٨/٢٣٠ ، مغني المحتاج ٤/٣٧٨ اختلاف ابى حنيفة وابن ابى ليلى (في الام) ٧/١٠٣ ، تفسير القرطبي ٣/١٧٤٦ ، المغني لابن قدامة ٨/١٦٨ ، الشرح الكبير ٨/١٧١ ، غاية المنتهى ٣/٤٣٥ ، شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٤/٥٧ ، روضة الطالبين ١١/١٢١ ، روضة الحكام للروياني الورقة ٦/أ .

(٣) س : وحكما .

(٤) ق ظ : وفي النكاح قولان مرتبان ، واولى بالمنع ، وفي العقوبات قولان مرتبان واولى بالمنع من النكاح والاظهر في النكاح الجواز بخلاف العقوبات ، واختلف الاصحاب في محل القولين .

(٥) العبارة المبتدئة بقوله (ان كان في البلد قاض ..) المنتهية هنا سقطت من س .

[ومنهم من قال : ان لم يكـن في البلد قاض ، جاز التحكيم قولا واحدا ، وانما القولان فيما اذا كان هناك قاض][6] .

ومنهم من قال : القولان في الجميع[7] من غير فصل .

[لزوم الحكم في التحكيم]

[١٩٧] ثم مهما حكم[8] عليهماوبينهما ، وفصل القضية بطريقها ، فهل يلزم حكمه بنفسه ؟ أم لابد من تراضيهما بعد الحكم ؟

فيـه قولان[9] ، ذكرهما الجماعة ، ووجهان ذكرهما الامـام ، أصحهما انه يلزم[10] بنفسه ، كالحاكم ، فعلى هذا لو رفع حكمه الى حاكم اجراه على وفق الشرع كغيره من القضاة .

والثاني وهو اختيار المزني ، انه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم ، لضعفه[11] .

ومهما رضيا[12] ، ثم رجع احدهما قبل ان يحكم لم ينفذ حكمه وفاقا ، وانمـا الخلاف فيـه اذا استمر على الرضا حتى حكـم ، ولم يجددا رضا .

---

(٦) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن ق ظ .
(٧) ب : الجمع .
(٨) ظ ق : واذا حكم بينهما .
(٩) ظ ق : فيه قولان اصحهما يلزم بنفسه كالحاكم فعلى هذا .
(١٠) س : يلزمه .
(١١) ظ : بضعفه .
(١٢) ظ : ومهما رضيا به (وهو ما اثبته محقق المطبوعة فيها) وليست هذه الزيادة في الاصل ولا في غيره من النسخ .

هذا هو المذهب ، وفيه وجه بعيد انهما اذا رضيا اولا ، فلما خاض[١٣] رجع احدهما ، لم يؤثر رجوعه ، ونفذ الحكم ، وهذا الوجه حكاه الامام واستبعده[١٤] ، وحكاه الماوردي عن أبي سعيد الاصطخري ولم يستبعده[١٥] .

ولو رضيا ، ثم رجع احدهما قبل ان ينشئ الخوض ، فلا وجه الا ابطال الحكم ، وفيه شيء .

[**هل للمحكم ان يحبس المقر أو يوقع العقوبة عليه ؟**]

[١٩٨] وهل للمحكم ان يحبس من أقرّ عنده منهما ؟
فيه خلاف .

والمذهب انه لا يحبس ، بل ليس له الا الاثبات .

[١٩٩] ولا خلاف انه ممنوع من استيفاء العقوبات ان جوزنا التحكيم فيها ، لانها تخرم[١٦] ابهة الولاية العامة[١٧] .

[**شروط المحكم**] .

---

(١٣) س : فاما حكم ، وفي ق ظ : **هذا هو المذهب انه لا يؤثر رجوعهما** بعد الخوض في الحكم ، واذا وجب الحق على واحد فالمذهب انه ليس للمحكم الحبس ولا خلاف انه ممنوع من استيفاء العقوبات .
(١٤) العبارة : (**وهذا الوجه حكاه الامام واستبعده**) **سقطت من س** .
(١٥) قوله (**وحكاه الماوردي عن أبي سعيد الاصطخري ولم يستبعده**) هذه العبارة سقطت من ب س ق ظ ومن المطبوعة ، وقد انفردت بها نسخة الاصل المعتمد فقط ، وانظر حكاية الماوردي لهذا الرأي عن أبي سعيد في أدب القاضي ٢/٣٨٣ الفقرة ٣٦١٦ .
(١٦) في المطبوعة : تحرم (بالحاء المهملة) **وهو تصحيف مطبعي** .
(١٧) العبارة (لانها تخرم ابهة الولاية العامة) **ليست في ظ ق** .

[٢٠٠] ويشترط[١٨] في المحكم ان يكون حرا ، بالغا ، عاقلا ، عدلا ، مقبول الفتوى ، عالما بالشريعة •

والضابط فيــه ان يكون على صفة يجوز للامام ان يوليه القضاء مطلقـا •

[حكم المحكم لولده أو لوالده]

[وحكمه على عدوه]

[٢٠١] ولو[١٩] تحاكم اليــه بالتحكيم ولده ، وأجنبي ، فحكـم لولده[٢٠] أو لوالده على الاجنبي ، ففي جوازه وجهان [٢٧/ب] حكاهما الماوردي[٢١] •

احدهما : لا يجوز ، كالقاضي المطلق •

والثاني : بلى[٢٢] ، لأن ذلك وقع عن رضا منهما •

[٢٠٢] وهكـذا لو حكـم على عـدوه ، والمسألة بحالها ، فيــه وجهان[٢٣] أيضا •

---

(١٨) س : ثم يشترط •• وقد سقطت هذه الفقرة من ظ ق •
(١٩) ق ظ : ولو تحاكم اليه ولده وأجنبي •
(٢٠) س : فحكم لولده ، أو لاجنبي على ولده ، ق ظ : فهل له الحكم لولده على الاجنبي ؟ وجهان حكاهما الماوردي •
(٢١) انظر ذلك في أدب القاضي للماوردي ٢/٣٨٥ رقـم الفقرة ٣٦٢٦ وما بعد ذلك •
(٢٢) ظ ق : والثاني يجوز وكذا في أدب القاضي للماوردي ٢/٣٨٦ •
(٢٣) ظ ق : وهكذا لو حكم على عدوه فيه الوجهان ، ثم اعلم ان الحكم بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى الى ثالث •• (بحـذف جملة من الكلام) •

[اشهاد المحكم على حكمه]

[٢٠٣] ومتى حكم المحكم على المتحاكمين عنده ، أو على احدهما في الموضع الجائز ، ورضيا به ، فينبغي ان يشهد على نفسه في المجلس الذي حكم بينهما فيه قبل تفرقهم ، لأن قوله بعد الافتراق لا يقبل ، كما لا يقبل قول الحاكم المطلق بعد العزل .

[اقتصار حكم المحكم على المتحاكمين فقط]

[٢٠٤] ثم اعلم ان الحكم(٢٤) بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى الى ثالث غير المتحاكمين الا في مسألة العاقلة ، وهو ما اذا تحاكم اليه اثنان في قتل الخطأ ، وقامت البينة على ذلك ، ففي وجوب الدية على العاقلة وجهان :

احدهما : [لا تجب ،](٢٥) لعدم رضاها بحكمه .

والثاني : بلى ، لأن الرضا حصل(٢٦) من القاتل .

[٢٠٥] وهذا الخلاف مبني على ان الدية تجب أولا(٢٧) على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة عنه ، أو تجب على العاقلة ابتداء .

فان قلنا تجب أولا(٢٨) على القاتل ، وجبت ههنا على العاقلة .

---

(٢٤) س : الحاكم .
(٢٥) الزيادة من نسخة س ، وقد سقطت من الاصل ومن سائر النسخ ، وعبارة (لا تجب لعدم رضاها) سقطت من نسخة ب .
(٢٦) س : جعل .
(٢٧) ب س والمطبوعة وكذا في ظ ق : تجب ابتداء ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٢٨) العبارة (على القاتل وجبت ههنا على العاقلة وان قلنا تجب أولا) سقطت من س ب واثباتها عن الاصل وعن ق ظ .

وان قلنا تجب أولا على العاقلة ، فلا تجب ، لعدم رضاهم بها[29] .

[٢٠٦] وهذه المسألة وان كانت قليلة الوقوع ، لكن ائمتنا ذكروها ، وذكروا ما فيها من المسائل ، واقتفينا نحن أثرهم ، وتبعناهم في ذكرها .

* * *

(٢٩) انتقلت النسختان ق ، ظ من هذه العبارة مباشرة الى موضوع صفات القاضي ، وهو الفصل الثاني من هذا الباب :

الفصل التاسع

في حكم الحاكم بعد عزله[1] وحكم نوابه[2]

وسماع شهادته على فعل نفسه

[حكم الحاكم بعد عزله]

[٢٠٧] اعلم[3] ان الحاكم في دوام ولايته مقبول القول من غير بينة تشهد بما يقوله فاذا قال ، وهو حاكم : قضيت لفلان على فلان بكذا[4] ، قبل قوله بالاجماع عندنا وعند الخصم ، وان منعنا القضاء بالعلم على قول •

وسببه انه اهل لانشاء القضاء الآن ، فكان اهلا للاخبار به •

[٢٠٧] وشرط هذا ان يتلفظ به في عمله •

---

(١) بشأن هذا الموضوع انظر ادب القاضي للماوردي ٢/٤٠٠ رقم الفقرة ٣٧٠١ وما بعدها ، المهذب ٢/٣٠٦ ، نهاية المحتاج ٨/٢٣٥ ، مغني المحتاج ٢/٣٨٤ ، روضة الحكام لشريح الروياني الورقة ٥/أ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/٣٤١ ، الروضة للنووي ١١/١٢٨ ، أدب القاضي لابن القاص الورقة ٢٧/أ •

(٢) ب : وحكم توليه •

(٣) س : اعلم ان قول الحاكم •

(٤) س ب والمطبوعة : قضيت لفلان بكذا على فلان ، وما اثبتناه عن الاصل •

فلو خرج من عمله الى[٥] عمل آخر ليس حاكما فيه ، فقال : كنت حكمت في عملي بكذا ، لم يقبل منه حتى يرجع الى عمله ، فيقوله فيه .

[حكم نوابه اذا انعزل]

[٢٠٨] فاذا عزل الحاكم بسبب شرعي انعزل كل من فوض اليه امرا معينا ، كسماع شهادة معينة من الشاهد بها ، أو عقد نكاح معين ، أو بيع معين ، أو غير ذلك ، مما هو معين مخصوص .

[٢٠٩] واما[٦] خليفته [٢٨/أ] بالمدينة في القضاء العام ، ونوابه في القضاء في القرى[٧] ، والقيم على الاطفال ، ففي انعزالهم بعزله ثلاثة اوجه . الاصح هو الثالث ، وهو انه ان استخلفهم باذن الامام لم ينعزلوا ، وان استقل بالاستخلاف وجوزناه انعزلوا ، لأنهم نوابه .

[سماع شهادته على فعل نفسه]

[٢١٠] ثم مهما عزل القاضي فقال : اشهد انني قضيت بكذا ، لم يقبل على أصح الوجهين .

وقال الاصطخري : يقبل كشهادة المرضعة اذا قالت : اشهد اني ارضعته ، تقبل[٨] على المذهب ، والفرق واضح[٩] .

---

(٥) ب س والمطبوعة : الى بلد آخر ، وما اثبتناه عن الاصل وهو يؤدي نفس المعنى .
(٦) س ب والمطبوعة : اما ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٧) س ب والمطبوعة : بالقرى ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٨) في المطبوعة : يقبل ، وهو سهو .
(٩) والفرق ان في شهادة القاضي المعزول على حكمه اثباتا لعدالته وتزكية لنفسه فتلحقه تهمة والفعل في الغالب فعله ، وفي شهادة الرضاع لا تثبت عدالة نفسها اذ يصح الرضاع من غير العدل

[٢١١] فان قلنا : لا يقبل ، فلو قال بعد عزله : اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل ، ففي قبول هذه الشهادة [والحالة هذه][١٠] وجهان ذكرهما العراقيون ونقلهما[١١] المراوزة عنهم .

قال الامام :

ظاهر المذهب قبول ذلك . ووجه المنع ان الظاهر انه يعني نفسه .
هذا ما ذكره الامام والقاضي أبو الطيب[١٢] وغيرهما .
ونقل الغزالي ذلك وغلط فيه[١٣] فقال :

اذا قال : اشهد اني قضيت ، لم يقبل ، وان قال : اشهد ان قاضيا قضى ففيه وجهان :

احدهما : يقبل كما تقبل شهادة المرضعة .

فقوله : احدهما يقبل كشهادة المرضعة غلط ظاهر ، فان المرضعة لا يشترط في قبول شهادتها قولها : اشهد ان امرأة ارضعت هذا الصبي [حتى][١٤] تتساوى المسألتان ، بل صورة شهادة المرضعة ان تقول : اشهد اني ارضعته ، أو أشهد انه ارتضع مني ، على خلاف سيأتي ان

والفعل من فعل الصبي انظر المهذب ٢/٣٠٩ ، مغني المحتاج ٤/٣٨٤ ، نهاية المحتاج ٨/٢٣٥ ، أدب القاضي للماوردي ٢/٤١٢ الفقرة ٢٧٧٥ وتجد فيه رأي أبي سعيد الاصطخري .
(١٠) الزيادة من س ب .
(١١) س : وذكرهما .
(١٢) س : أبو الطيب الطبري (وهو ما في المطبوعة) .
(١٣) س ب والمطبوعة : ونقل الغزالي ذلك وعكس فيه الترتيب مع غلطه فقال ... وما اثبتناه عن الاصل .
(١٤) الزيادة من س ب .

شاء الله تعالى[١٥] ، في تقديم الاضافة الى نفسها أو تأخيرها[١٦] ، مع الاتفاق على انها تصرح في شهادتها بانهـا المرضعة وتقبل قولا واحدا ، فوزانه[١٧] في مسألة القاضي ان يقول : اشهد اني قضيت ، فظهر ان ما ذكره الامام والائمة صحيح ، وما ذكره الغزالي زلل •

[٢١٢] نعم ، ههنا بحث في مسألة ، في النفس منها شيء ، ولم[١٨] أجدها مسطورة ، وانما استخرجها القلب[١٩] ، وهو انا اذا جعلنا القاضي المعزول شاهدا في كلتا الصورتين ، وهما اذا أضاف القضاء الى نفسه واذا اطلق ، فاذا قال : اشهد اني قضيت لفلان بكذا ، وقبلنا ذلك ، فهو شهادة لا شك فيها[٢٠] ، وليس بحكم منه الآن ، وانما[٢١] هـو شهادة على فعل نفسه يقيمها عنـد حاكم [٢٨/ب] متول الآن ، حصل لديه التداعي بين المتحاكمين ، فلا[٢٢] بد من شاهد آخر غيره ، يشهد معه ، فصيغة شهادة الآخر ان يقول : اشهد ان هذا القاضي قضى في زمن ولايته ، ومحـل حكمه ، لفلان بكـذا ، فيثبت حينئـذ الحكم بالحق المشـهود بالحكم به •

اما اذا قال : اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل ، وحضر شاهد آخر يشهد بذلك فصيغة شهادته أيضا ان يقول :

---

(١٥) سيأتي ذلك في الفقرة ٥٩٨ •
(١٦) ب : أو تأخيره •
(١٧) في المطبوعة : فوازنه (بتقديم الالف على الزاي) وهو خطأ مطبعي•
(١٨) س : ولم ارها •
(١٩) س ب والمطبوعة : استخرجها الفكر •
(٢٠) س ب والمطبوعة : فيه •
(٢١) ب : فانما •
(٢٢) س والمطبوعة : ولا بد •

اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل ·

لتتفق الشهادتان في المعنى[٢٣] ·

فلو قال الشاهد الآخر :

اشهد ان هذا قضى في حال ولايته بكذا ، مع قول الحاكم المعزول : اشهد انه قضى لفلان قاض عدل ، لم تتفق الشهادتان قطعا ، ولا يثبت الحق ·

فلو قال الحاكم المعزول : اشهد ان قاضيا قضى بكذا [فالشاهد الآخر كيف يشهد ؟ أيقول : اشهد ان قاضيا قضى بكذا ؟][٢٤] أو اشهد ان القاضي الذي شهد هذا انه قضى بكذا ، وهكذا في الصيغة الاولى ، أيقول : اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل كما تلفظ به الحاكم المعزول ، أو يقول : اشهد ان القاضي العدل الذي شهد هذا[٢٥] انه قضى لفلان بكذا ؟

[هذا عندي فيه][٢٦] تردد ظاهر ، ولم اظفر به مسطورا ·

ومستند التردد في اجمال الشاهد الآخر اسم الحاكم الذي يشهد عليه انه حكم بكذا ، ان أصحابنا قالوا :

لو شهد شاهدان ، لم ينصا[٢٧] قط على قاض عدل ولم يسمياه ولا عيناه بل قالا : نشهد ان قاضيا عدلا قضى لفلان بكذا ، أو اشهدنا على نفسه بذلك في حال ولايته وعمله ، هل يقبل ؟ فيه وجهان ·

---

(٢٣) في الاصل : المقضى ·

(٢٤) الزيادة من س ب ·

(٢٥) س والمطبوعة : الذي شهد هذا عليه انه (بزيادة لفظة : عليه) ·

(٢٦) الزيادة من س ب ·

(٢٧) س ب والمطبوعة : لم يقضيا ·

قال الامام :

وظاهر المذهب قبول ذلك .

فالتردد الذي ابديته في الشاهد الذي يشهد مع الحاكم المعزول ، يخرج لفظ شهادته وسماعها على هذه المسألة .

وهذا من لطيف[٢٨] الفقه ودقيقه فليفهم ان شاء الله تعالى .

* * *

(٢٨) س ب والمطبوعة : من الطف .

الباب الثالث

في الدعاوى والبينات [ومجامع الخصومات][1]

وفيه فصول :

الفصل الأول

في حد الدعوى[2] ، وحقيقتها ، ثم في كيفيتها وصفتها[3] ، وشروطها ، وجواب[4] المدعى عليه فيها

النظر الاول [٢٩/أ]

في حد الدعوى وحقيقتها[5]

[حد المدعي والمدعى عليه]

[٢١٣] اختلفت عبارات الائمة[6] في حد المدعي والمدعى عليه :

---

(١) الزيادة من ب ، وفي س : وجامع الخصومات .

(٢) في الاصل : في حد الدعاوى ، وما اثبتناه عن س ب .

(٣) قوله : (ثم في كيفيتها وصفتها) ليس في س .

(٤) س : وجواز (وهو تصحيف) .

(٥) قوله : (النظر الاول في حد الدعوى وحقيقتها) ليس في س .

(٦) ب : اختلفت عبارة الائمة ، س : اختلفت الائمة .. وبشأن اختلاف عباراتهم في وضع حد للمدعى والمدعى عليه : انظر الاشراف في غوامض الحكومات مخطوط الورقة ٢/ب ، روضة الحكام مخطوط

فمنهم من قال : المدعى من يثبت شيئا ، والمدعى عليه من ينفي شيئا[7] .

ومنهم من قال : المدعي من يقول بالاختيار ، والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار .

ومنهم من قال : المدعي من اذا سكت ترك وسكوته ، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته ، وهذه عبارة الحنفية[8] وهي معنى العبارة الثانية بعينها ، وانما اختلفت العبارة .

وقال الامام[9] :

المدعي عند أبي حنيفة من يثبت الشيء لنفسه ، والمدعى عليه من يثبته عن غيره ، وفي نسخة أخرى : من ينفيه عن غيره .

الورقة ٩ ب ، الروضة للنووي ١٢/٧ ، نهاية المحتاج ٨/٣١٩ ، مغني المحتاج ٤/٤٦١ ، ٤٦٤ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٤٩٩٧ .

(٧) في س تقديم وتأخير على الصورة التالية : المدعى عليه من ينفي شيئا والمدعي من يثبته .

(٨) انظر عبارات الحنفية في تعريف المدعى والمدعى عليه في رد المحتار ٥/٥٤٢ ، درر الحكام ٢/٣٢٩ ، نتائج الافكار في تكملة فتح القدير ٦/١٣٩ ، شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشهيد ابن مازة ٣/٢٤٢ الفقرة ٧٥٦ ، المبسوط ١٧/٢٩ ، الفتاوى الهندية حـ ٤ ص ٣ .

(٩) اضطربت عبارة س فجاءت على الوجه التالي : وقال الامام : عند أبى حنيفة المدعي من يثبت الشيء لنفسه ومنهم من قال المدعي من يثبت شيئا والمدعى عليه يثبته عن غيره .. (كذا وهو سهو) .

هــذا نقل الامام عن[١٠] ذلك الحبر الامام ، ولم[١١] يزد عليه شيئا مع شدة تتبعه كلام من تقدمه بالبحث والتحقيق •

[٢١٤] وهذا الحد باطل في الطرفين[١٢] :

اما قوله : « المدعي من يثبت الشيء لنفسه » ، فيريد بالشيء المدعى به ، وهو باطل بدعوى[١٣] الوصي للموصى عليه المحجور عليه على الغير مالا ، أو غيره ، فانه مدع بالاجماع ، مع انه يثبت الشيء المدعى به لغيره •

وهكذا القيم من جهة الحاكم على المحجور عليهم •

وهكذا الناظر في الوقف[١٤] •

وهكذا الوكيل يثبت المدعى به للموكل لا لنفسه •

[و][١٥] لا يقال : مراده بالشيء الذي يثبته[١٦] للسلطنة[١٧] ، واستحقاق[١٨] قبضه وتسلمه ان يثبت[١٩] ، لانا نقول : السلطنة ثابتة قبل هذه الدعوى ، لأن الكلام مفروض في دعوى وصي ثابت الوصية عند الحاكم ، وكذلك القيم والناظر والوكيل سلطنتهم[٢٠] ثابتة ، بمعنى ان

---

(١٠) س : عن أبي حنيفة •
(١١) ب س والمطبوعة : ولم يذكر عليه شيئا •
(١٢) س : في الطريقين •
(١٣) في الاصل : في دعوى ، وما اثبتناه عن س ب •
(١٤) ب س : في وقف •
(١٥) الزيادة من س •
(١٦) س والمطبوعة : تثبته ، وما اثبتناه عن الاصل ومن ب •
(١٧) ب س والمطبوعة : السلطنة •
(١٨) س : أو استحقاق •
(١٩) س والمطبوعة : ثبت •
(٢٠) ب س والمطبوعة : فسلطنتهم •

كل امر تحقق انه للمحجور عليه ، أو للموكل[٢١] ، أو للموقوف عليهم ، تسلط هؤلاء شرعا على قبضه ، فهو لا يثبت بالدعوى سلطنة ، ولا السلطنة يدعي[٢٢] بها ، وانما[٢٣] المدعى به هو المال في الذمة ، أو الثوب المعين مثلا ، وهو الشيء الذي يثبته •

نعم اذا ثبت عند الحاكم ، تسلط هذا المدعي على قبضه لا بدعواه ، بل بالتسليط[٢٤] السابق على هذه الدعوى الثابت بوصية ، أو نظر ، او وكالة •

واما الطرف الثاني : وهو قوله : « والمدعى عليه من[٢٥] يثبته عن غيره » ، على النسخة الاولى ، فبطلان هذا اظهر من الكلام عليه ، فان المدعى عليه بمال في ذمته [٢٩/ب] ينفي استحقاق المدعي له ، فلا يثبت شيئا •

فان قيل : هو وان نفى الاستحقاق ، لكنه يثبت براءة ذمته ، فهو مثبت ، قلنا : عنه جوابان :

احدهما : ان البراءة الاصلية حاصلة بالاصل واستصحابه ، فهي ثابتة ، وهو غير محتاج الى اثباتها ، وانما هو ناف[٢٦] ما يشغلها •

والثاني : هب انه مثبت براءة نفسه وذمته ، فهل هو مثبت للشيء عن غيره ؟ كلا ، فهذا حد باطل •

---

(٢١) ب س والمطبوعة : للوكيل (وهو سهو) •
(٢٢) ب س والمطبوعة : مدعى بها •
(٢٣) ب : انما •
(٢٤) ب س والمطبوعة : بالتسلط •
(٢٥) لفظة (من) سقطت من ب س ومن المطبوعة ، واثباتها عن الاصل وعن أصل العبارة التي مرت قبل قليل •
(٢٦) ب : ناو (وهو تصحيف) •

وعلى النسخة الاخرى[٢٧] ، وهو : « ينفيه عن غيره » باطل ، وانما[٢٨] هو ينفيه عن نفسه .

وعندي ان هذا زلل من النساخ[٢٩] ، فان منصب هذا الامام اجل من قول[٣٠] مثل هذا .

[٢١٥] وقال بعض الاصحاب :

المدعي من يدعي أمرا باطنا خفيا ، والمدعى عليه من يدعي أمرا ظاهرا جليا .

[٢١٦] وهذا الحد مع الحد الذي سبق ذكره ، « وهو ان المدعي من يخلى[٣١] وسكوته والمدعى عليه من لا يخلى وسكوته » ، مستنبطان من مسألة استنبطها الشيخ القفال وهي ، ما اذا كان الزوجان مشركين ، ثم اسلما قبل الدخول ، ثم اختلفا ، فقال الزوج : اسلمنا معا ، فنحن على الزوجية ، وقالت المرأة : اسلم احدنا قبل[٣٢] صاحبه فقد بطل نكاحنا ، فيه قولان :

احدهما : ان القول قول الزوج ، لأن الاصل بقاء النكاح ، وهذا على قولنا : ان المدعي من يترك وسكوته ، فان المرأة هي التي بهذه الصفة ، وهي[٣٣] مدعية .

---

(٢٧) ب س والمطبوعة : وعلى النسخة الثانية وهي ..
(٢٨) في المطبوعة : انما .
(٢٩) س : من الناسخ .
(٣٠) س : من ان يقول .
(٣١) س والمطبوعة : وهو ان المدعى من اذا سكت يخلى وسكوته .
(٣٢) س : قبل الآخر .
(٣٣) س : فهي .

والقول الثاني : ان القول قول الزوجة ، وهذا على قولنا[٣٤] : ان المدعى هو الذي يدعي امرا باطنا خفيا يخالف الظاهر ، والزوج[٣٥] ههنا هو الذي بهذه الصفة ، لأن اتفاقهما على الاسلام في حالة واحدة بحيث لم يسبق احدهما الآخر ، خلاف الظاهر .

[٢١٧] وأخذ أبو سعيد الاصطخري هذا الحد وطرده في مسألة خالف الاصحاب قاطبة فيها ، فقال :

اذا ادعى رجل من السفل على ملك عظيم ، أو وزير كبير[٣٦] ، أو فاضل جليل ، أو شريف نسيب ، انه زوجه ابنته ، أو انه اقرضه حبة من ذهب ، أو انه استأجره لسياسة دوابه[٣٧] ، وما أشبه هذا ، [قال][٣٨] : لا تقبل دعواه لأنه يدعي امرا يخالف [٣٠/أ] الظاهر ، بل اهل العرف يقطعون بكذبه .

[٢١٨] قال الامام :

وهذا الذي ذكره لا تعويل عليه ، ولا يسوغ في الدين تشويش القواعد بامثال هذه الوساوس ، ومثل هذا قصد رسول الله صلى الله عليه

---

(٣٤) س : وهذا اذا قلنا .

(٣٥) ب : الزوج (بسقوط الواو) .

(٣٦) ب : أو وزير كبير خطير أو قاض ، وهو اختيار محقق المطبوعة ، وفي س : أو وزير كبير ببينة خطير أو قاض ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٣٧) في س ب زيادة جملة هنا فجاء الكلام فيهما على النحو الآتي : أو انه استأجره لسياسة دوابه ، اعني استأجر هذا العظيم لسياسة دواب لهذا السفلة وما اشبه هذا .

(٣٨) الزيادة من س ب ، والقول للاصطخري .

(٣٩) قوله : ومثل هذا قصد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبوت الدعوى من غير حجة ، قلت لعله يشير الى حديثه صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم

وسلم ثبوت الدعوى من غير حجة[٣٩] ، فاما رد الدعوى لرعونات النفس[٤٠] فلا سبيل اليه ٠

[٢١٩] قلت :

وهذا الذي ذكره أبو سعيد غير بعيد[٤١] ان يصير اليه مجتهد : وهو مذهب مالك[٤٢] ، فان[٤٣] عنده لا تسمع دعوى وضيع على شريف الا ان يعرف بينهما معاملة[٤٤] ، وقد سمعت الدعوى على خير الخلائق رسول الله صلى الله عليه وسلم من وضيع[٤٥] ٠

ولكن اليمين على المدعى عليه » الذي رواه الجماعة عن ابن عباس فانظره في جامع الاصول ١٠/٥٥٤ ـ ٥٥٥ رقم ٧٦٥٨ ٠

(٤٠) في الاصل : لدعوى النفس ، وما اثبتناه عن ب وفي س : لرعونات الانفس ٠

(٤١) انظر رأي مالك وأصحابه في هذه المسألة في تبصرة الحكام ١/١٢٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٤٥ ، شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٩٥ ، بداية المجتهد ٢/٥١٠ ٠

(٤٢) س : وهذا الذي ذكره أبو سعيد لا يصير اليه مجتهد ٠

(٤٣) س : فانه لا يسمع الدعوى ٠

(٤٤) أو ما يسمى بالخلطة ، انظر قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ٣٢٨ ٠

(٤٥) قوله : (وقد سمعت الدعوى على خير الخلائق رسول الله صلى الله عليه وسلم من وضيع) قلت : لعله يشير الى حديث ان النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابي فرسا ، فاستتبعه ليقضيه الثمن ، فلما رآه المشركون خفوا وطلبوه بأكثر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « قد ابتعته » فجحده الاعرابي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « من يشهد لي ؟ » فقال خزيمة بن ثابت انا اشهد لك ٠٠ الخ الحديث الذي رواه الامام أحمد عن عمارة بن خزيمة الانصاري ان عمه حدثه به ٠٠ (مسند أحمد ٥/٢١٥ ـ ٢١٦) والشافعي (الام ٣/٧٧) والحاكم (المستدرك ٢/١٧ ، ٣/١٠٠) وأبو داود (السنن ٣/٣٠٨ رقم ٣٦٠٧) وغيرهم وهم كثيرون

وكذلك سمعت على علي[٤٦] كرّم الله وجهه ، وعلى غيره من اكابر الصحابة •

[٢٢٠] نعم يشكل على هذا الحد الوديعة ، فان المودع يقبل قوله في الرد على المالك ، وهو يدعي امرا خفيا ، فلم قبل[٤٧] قوله ؟

وجوابه : ان الامانة سبقت على دعوى الرد ، والاصل بقاؤها ، فاذا قال : رددت قبل قوله ، لبقاء امانته ظاهرا ، والمالك اذا انكر الرد يدعي خيانة طارئة على الامانة التي سبقت ، والاصل عدم الخيانة •

★ ★ ★

فانظر تخريجنا لهذا الحديث في أدب القاضي للماوردي حـ ٣ (تحت الطبع) حاشية الفقرة ٣٨١٣ •

(٤٦) قوله : وكذلك سمعت على علي كرم الله وجهه •• قلت لعل منها مخاصمته مع اليهودي في درع الى شريح وقد مرت •

(٤٧) س : فلم يقبل •

النظر الثاني

في كيفيتها وصفتها[1] وشروطها

[اقسام الدعوى]

[٢٢١] والدعوى تنقسم الى دعوى عين في يد ، والى دعوى مال في ذمة[2] ، والى دعوى حقوق شرعية ، كنكاح ، وقصاص ، وحد قذف ، وردّ بعيب ، وحق شفعة ، وغير ذلك •

والعين تنقسم الى حاضرة في المجلس ، وغائبة عنه •

والغائبة تنقسم الى منقولة وغير منقولة •

ثم تتنوع الدعاوى بعد ذلك الى دعوى نكاح وقصاص وحدود وغيرها •

ونحن نذكرها ان شاء الله تعالى شيئا فشيئا •

[الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة]

[٢٢٢] اما الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة ، فالاشارة اليها تغني عن وصفها[3] ، وعن ذكر قيمتها ، فليقل : ادعي ان هذه العين ، ويشير اليها ، ملكي ، وهذا الحاضر غصبها مني ، ويلزمه تسليمها اليّ ، وأنا اطلب تسليمها منه واسألك سؤاله ، فمره بالتسليم الي •

---

(١) ب والمطبوعة : وصفاتها ، وفي س : في كيفيتها وصفتها وشرطها •
(٢) س : في الذمة •
(٣) ب والمطبوعة : عن صفتها •

فهذه ألفاظ(٤) كلها متفق عليها ، ولو نقص منها شيء ، فيه خلاف(٥) .

قال الشيخ أبو علي : لابد ان يسأل القاضي مطالبته ، فان لم يسأله ، [هل للقاضي](٦) مطالبته ، فيه وجهان [٣٠/ب] .

وقال القاضي حسين : يقول له فمره بالتسليم الي .

وقال الهروي(٧) قيل ان اقتراح المدعي على القاضي سؤال المدعى

---

(٤) ب والمطبوعة : ا لالفاظ .

(٥) انظر خلافهم في المهذب ٢/ ٣٠١ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٠١٠ .

(٦) الزيادة من س ب .

(٧) الهروي : واسمه محمد بن أحمد (او ابن ابي أحمد) بن يوسف (أو ابن ابي يوسف) الهروي أبو سعد ، تلميذ القاضي أبي عاصم العبادي وشارح تصنيفه في أدب القضاء وهو المسمى بالاشراف على غوامض الحكومات وهو شرح مشهور مفيد ، تولى قضاء همذان سنة ٤٤٨ وتوفى سنة ٥١٨هـ انظر ترجمته في طبقات السبكي ٥/٣٦٥ رقم ٥٦٣ ، طبقات الاسنوي ٢/ ٥١٩ رقم ١٢١٦ ، وفيات الاعيان ضمن ترجمة استاذه أبي عاصم ٤/٢١٤ رقم ٥٨٦ ، طبقات ابن هدايةالله (بيروت) ١٨٧ ، هدية العارفين ٢/ ٨٤ ، كشف الظنون ١/١٠٣ ، معجم المؤلفين ٤/ ٢١٠ ، الاعلام ٥/٣١٦ ، وانما نجزم بانه هو المراد مع ان الفقهاء المنسوبين الى هراة كثيرون ـ لسببين : أحدهما انه هو المشهور ذلك بين الفقهاء والثاني انه صاحب تأليف في أدب القضاء وكلامه المذكور موجود في كتابه الاشراف (نسخة ينى جامع المرقمة ٣٥٩) في موضوع : فصل في كيفية الدعوى اذ نقل ان اقتراح المدعى على القاضي سؤال المدعى عليه ركن في صحة الدعوى على أصح الوجهين فانظر الورقة ٥/أ منه .

عليه ، ركن في صحة الدعوى على أصح الوجهين[٨] ، وهو مذهب ابي حنيفة[٩] .

وقال في تتمة التتمة[١٠] : اذا قال المدعى في دعواه : يلزمه التسليم الي ، قيل : لا يكفي ، بل لابد من ذكر الطلب .

وقال الشيخ أبو نصر : اذا حرر المدعي الدعوى ، هل يسأل الحاكم المدعى عليه عن الدعوى قبل[١١] ان يسأله المدعى سؤاله ؟ فيه وجهان .

وقال الشيخ أبو اسحاق[١٢] : اذا لم يسأل الخصم القاضي مطالبة خصمه ، يجوز للقاضي مطالبته على المذهب ، لأن شاهد الحال يدل على

---

(٨) س : على الاصح من الوجهين ، وما اثبتناه عن الاصل وعن نسخة ب وعن الاشراف على غوامض الحكومات الورقة ٥/أ لان الكلام لابي سعد الهروي .

(٩) انظر رأي الامام ابي حنيفة وأصحابه في هذا الموضوع في رد المحتار ٢٤٧/٥ تكملة فتح القدير ١٤٤/٦ ، الفتاوى الهندية ٣/٤ .

(١٠) تتمة التتمة : قال محقق المطبوعة : لم اعثر على كتاب اسمه تتمة التتمة قلت هو كتاب مشهور قال عنه حاجي خليفة : وتتمة التتمة للشيخ منتجبالدين ابي الفتوح اسعد بن محمد العجلي الاصفهاني المتوفى سنة ستمائة وعليها الاعتماد في الفتوى باصفهان قديما ، وقد ذكر انها تتمة لكتاب التتمـة المسماة تتمة الابانة ، فالابانة للشيخ ابي القاسم الفوراني المروزي المتوفى ٤٦١هـ وتتمته لابي سعيد عبدالرحمن بن مأمون المعروف بالمتولي النيساوري الشافعي المتوفى سنة ٤٧٨ فجاء العجلي فوضع تتمة التتمة (كشف الظنون حـ ١ ص ١) وانظر طبقات الشافعية للسبكي ١٢٧/٨ ضمن ترجمة العجلي المرقمـة ١١١٥ ، وفيات الاعيان ٢٠٨/١ ضمن ترجمـة العجلي المرقمة ٩٠ .

(١١) س : قبل سؤال المدعي .

(١٢) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٣٠١/٢ .

المطالبة(١٣) •

[٢٢٣] اما ان كانت الدعـوى في وديعـة فليقـل : وانا اطلب ان يمكنني(١٤) منها لاخذها ، ولا يقل : واطلب تسليمها ، [ولا : يلزمه تسليمها](١٥) الي ، لأن المودع لا يلزمه شيء سوى التمكين من تسليمها •

[٢٢٤] وان كانت العين مبيعة(١٦) ، قال : ابتعت هذه العين منه بكذا ، واقبضته الثمن ، وانا اطلب تسليمها منه •

[٢٢٥] ولا يشترط في صحة الدعوى [بالبيع](١٧) ذكر شروط صحته ، كقوله : ابتعته منه ابتياعا صحيحا انعقد بايجاب وقبول ، عـن طواعية واختيار ، على الصحيح من المذهب ، وفيـه وجـه مخرج من النكاح ، انـه لا بد في صحة الدعوى بالبيع من ذكر شروطه وتفصيلها كالنكاح(١٨) •

[الدعوى بالعين الغائبة](١٩)

[٢٢٦] وان كانت العين غائبـة عن المجلس ، فان كانت من دوات

---

(١٣) س : يدل على طلبه ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن المهذب ٢/٣٠١ وفي أدب القاضي للماوردي الفقرة ٥٠١٠ (لأن شاهد الحال يدل عليه) •
(١٤) س : وانا اطلب تمكيني •
(١٥) الزيادة من س ب •
(١٦) في الاصل : ببيعة •
(١٧) الزيادة يقتضيها السياق كما سيأتي وليست في الاصل ولا في سائر النسخ •
(١٨) س : كما في النكاح •
(١٩) سقطت هذه المسألة بكاملها من نسخة س •

الامثال اقتصر على ذكر الوصف المشروط في السلم[٢٠] وان ذكر القيمة فهو آكد ، لكن لا يحتاج اليه ٠

وان كانت من غير ذوات الامثال ، كالجواهر ، لزمه ذكر الجنس والنوع وما يشترط ذكره في السلم ان صح السلم فيها ٠

ثم ان كانت وديعة لم يلزمه ذكر قيمتها ، وان كانت عارية أو غصبا لزمه تعيين قيمتها[٢١] ، فان كانت مبيعة لزمه ذكر الثمن الذي ابتاعها به ، مع الوصف ، ولا يلزمه ذكر القيمة ٠

[دعوى العقار الغائب]

[٢٢٧] وان كانت العين المدعى بها عقارا غائبا عن المجلس ، فلابد من ذكر الناحية ، والحدود الاربعة ٠ ولا يغني ذكر احدها عن الآخر ، ولا ان يقتصر أيضا على بعض الحدود ٠

وهكذا ذكره الماوردي[٢٢] ٠

وذكر[٢٣] في البيع انه لو باعه دارا وذكر حدودها الاربعة صح ، وان ذكر حدين لم يصح [٣١/أ] وان ذكر ثلاثة ففيه وجهان[٢٤] ٠

---

(٢٠) للسلم شروط تضاف الى شروط البيع ، منها ان يكون دينا وان يكون مقدورا على تسليمه بكيل معلوم أو وزن أو غير ذلك مع ذكر الاوصاف التي يختلف فيها الغرض اختلافا ظاهرا انظر مغني المحتاج ٤/١٠٤ ، المهذب ١/٢٩٧ ٠

(٢١) هنا نهاية ما سقط من نسخة س اعتبارا من بداية الفقرة ٢٢٦ ٠

(٢٢) انظر أدب القاضي حـ ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٥٠٠٩ وقابل ذلك بما ذكره في أدب القاضي أيضا ٢/٣٣١ الفقرة ٣٣١٥ ٠

(٢٣) ب : وذكره ٠

(٢٤) ذهب المتأخرون من الشافعية الى صحة ذلك ، وممن قال بذلك قاضي القضاة شيخ الاسلام أبو يحيى زكريا الانصاري ونسبه الى

وهكذا[٢٥] ينبغي ان يكون في الدعوى بها •

[٢٢٨] ثم عندي ان هذا في دار مجهولة عند المتداعيين والحاكم ، فاما دار أو أرض[٢٦] يعرفهـا كل واحـد منهم وهي مشهورة[٢٧] ، شهرتها تغني عن تحديدها ، فلا يحتاج الى ذكر حدودها ، لحصول التمييز بالشهرة عندهم •

[**الدعوى بمال في الذمة**]

[٢٢٩] اما الدعوى بمال في الذمة ، فان كان من ذوات الامثال ، وهو حال[٢٨] ، فيلزمه ان يذكر في الدعوى الجنس والنوع والصفة والقدر ، فيقول : لي على هذا الف درهم من نوع كذا ويذكره ، ويذكر انها صحاح أو مكسّرة ، ثم يقول : يلزمه اداؤها الي الساعة ، فمره ايها الحاكم بتسليمها الي وانا[٢٩] مطالبه بذلك ، واسألك سؤاله •

ولابد من قوله : يلزمه اداؤها الي[٣٠] الساعة ، لاحتمال كونها مؤجله ، أو كون المدعى عليـه مفلسا ، وهو بالخيار في ان يذكر سبب الاستحقاق •

النووي في الروضة اذ يقول : « نعم ان كانت عقارا وجب ذكر البلد والمحلة والسكة والحدود الاربعة فأن تميز بثلاثة حدود كفى ذكرها كما في الروضة واصلها في آخر الدعاوى (انظر عماد الرضا ببيان أدب القضا مخطوطة بدار الكتب الورقة ٢/ب) •

(٢٥) ب : هكذا •

(٢٦) س والمطبوعة : فاما اذا ادعى عليه دارا أو أرضا يعرفها •

(٢٧) ب س والمطبوعة : وهي مشهورة متميزة بشهرتها عن تحديدها ، وما اثبتناه عن الاصل •

(٢٨) س : حلال (وهو تصحيف) •

(٢٩) ب والمطبوعة : فانا •

[٢٣٠] هذا هو المذهب ، وفيه وجه حكاه الامام والهروي انه لابد من ذكر سبب الاستحقاق ، وهو مناقش[٣١] ، اذ ربما يكون المدعى عليه اتلف على المدعي الذمي خمرا ، أو كلبا ، فيعتقد المدعي استحقاقه لقيمته في ذمته ، والحاكم لا يرى ذلك ، والناس مختلفون في ثبوت القيم في الذمم مقابلة المضمونات كاختلافهم في سبب الجرح •

ولا خلاف عندنا ان الجرح لا يقبل الا مفسرا ، فكذا هذا • فليقل : لي في ذمته درهم من ثمن مبيع سلمته اليه ، أو قرضا في ذمته ، أو قيمة ثوب اتلفه ، او ما[٣٢] ضاهى ذلك •

وذكر بعض أصحابنا وجها : ان[٣٣] البينة للمدعي ان كانت شهدت على اقرار المدعى عليه بالدين ، فلابد ان يضيف الى دعواه اقرار المدعي عليه ، لتطابق شهادة البينة بعض دعواه ، وهو بعيد •

هذا كله في الدين الحال •

[الدين المؤجل]

[٢٣١] اما الدين المؤجل ، فلا تسمع الدعوى به على اصح الوجوه الثلاثة عند الامام •

والوجه الثاني : تسمع[٣٤] مطلقا •

---

(٣٠) لفظة (اليّ) سقطت من ب •
(٣١) س ب والمطبوعة : وهو منقاس وهو تصحيف ، وما اثبتناه عن الاصل •
(٣٢) ب : وما •
(٣٣) س والمطبوعة : ان بينة المدعى •
(٣٤) ب س والمطبوعة : والوجه الثاني لا تسمع (وهو سهو) •

والثالث : تسمع لغرض التسجيل ان كان[٣٥] له بينة •
وعند غيره خلاف مطلق لا اختيار فيه •

والقياس انه لا تسمع ، اذ لا مطالبة الآن ، الا ان بعض الحكام يرى جواز اثباته قبل حلوله طلبا للتسجيل ، وحفظا للحق عن الضياع [٣١/ب] ، لاسيما عند طول الآجال •

[٢٣٢] وان كان بعض الدين حالا ، وبعضه مؤجلا ، رأيت بعض الحكام يثبته[٣٦] لاجل الحال •

وكان عندي فيه تردد ظاهر ، لعدم العثور على النقل ، الى ان رأيت[٣٧] الماوردي[٣٨] صرح بجواز الدعوى به ، قال : تكون له الدعوى بالمؤجل تبعا للحال وهو حسن ، الا ان فيه نظرا من حيث ان الدين[٣٩] ، اذا كان الفا ، والحال منه درهم واحد ، فكيف يستتبع الدرهم الواحد الباقي المؤجل ؟

ثم قال بعده : فلو كان الدين المؤجل وجب بعقد وقصد المدعي به بدعواه تصحيح العقد كالمسلم[٤٠] فيه المؤجل صحت دعواه ، لأن المقصود

---

(٣٥) س والمطبوعة : ان كانت •
(٣٦) س : يثبت •
(٣٧) س : وجدت •
(٣٨) انظر قول الماوردي وتصريحه بذلك في أدب القاضي ج ٤ الفقرة ٥٠١٠ ، وانظر الاشارة الى ذلك في ١/ ٨١ ، وقد نقل قول الماوردي الخطيب الشربيني في مغني المحتاج ٤/ ٤٦٨ ، وحاشية البجيرمي على الخطيب ٤/ ٣٦٨ ، وحاشية قليوبي ٤/ ٣٣٧ •
(٣٩) س : من حيث ان الدين المؤجل لو وجب بعقد وقصد •• بحذف شيء من الكلام •
(٤٠) في أدب القاضي للماوردي جـ ٤ الفقرة ٥٠١٠ : كالسلم المؤجل •

به[٤١] مستحق في الحال •

هذا كلامه ، وهو حسن •

ويلزم على مساقته[٤٢] ، اذا كان الدين مؤجلا بعقد بيع ، بأن باعه سلعة بثمن مؤجل في الذمة وسلم السلعة الى المشتري فللبائع الدعوى بالثمن المؤجل والحالة هذه ، لأنه يبتغي[٤٣] تصحيح العقد بالدعوى •

وهكذا في نظيره في الاجارة •

[٢٣٣] فان صح ما ذكره[٤٤] الماوردي في مسألة السلم ، وصح ما ذكرناه في مسألتي البيع والاجارة قولا واحدا ارتفع الخلاف في الدعوى بالدين المؤجل ، لأن الدين لا يثبت مؤجلا في الذمم قطعا الا ببيع[٤٥] ، او اجارة ، أو سلم ، أو نكاح ، اما القروض ، وقيم المتلفات[٤٦] ، وما يجب من ضمان الحيلولة في الغصوب فلا[٤٧] يجب الا حالا •

---

(٤١) في س والمطبوعة : لأن المقصود منه ، وما اثبتناه عن الاصل وعن نسخة ب وعن أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٠١٠ ، اذ الكلام له •

(٤٢) ب والمطبوعة : على مساوقته ، س : على مساقه وما اثبتناه عن الاصل •

(٤٣) س : لأنه يبقى ، وفي ب : يبغي وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل •

(٤٤) س : فان صح ما ذكره في مسألتي البيع والاجارة •• أي بحذف جملة من الكلام •

(٤٥) س : في الذمم قط الا بيعا أو اجارة • ب : في الذمم قط الا ببيع أو اجارة ، وهو اختيار محقق المطبوعة •

(٤٦) في الاصل وثمن المتلفات وما أثبتناه عن ب س •

(٤٧) في الاصل وفي س ب : لا ، وقد اضفت الفاء للسياق •

نعم دية قتل الخطأ لا تجب[٤٨] على العاقلة الا مؤجلة ، وان كان الماوردي لا يجوز ثبوت الدعوى بالدين المؤجل قولا واحدا الا في مسألة السلم فقط دون البيع والاجارة والنكاح ، ففي الفرق عسر مع امكانه .

[دعوى غير المثلي]

[٢٣٤] اما اذا كان الحق الثابت في الذمة غير مثلي ، كالثياب ، والعبيد ، والحيوانات ، وما يصح السلم فيه[٤٩] ، فاذا ادعى بها[٥٠] وكان ثبوتها بعقد سلم ، فلابد من ذكر عقد السلم في الدعوى ، وذكر الصفات[٥١] المعتبرة في صحة السلم .

فان لم يذكر انها من[٥٢] عقد سلم لم تصح دعوى اعيانها ، لانها قد تكون مغصوبة ، فيجب غرم[٥٣] قيمتها ، فيلزمه مع ذكر الصفة ذكر القيمة [٣٢/أ] .

[٢٣٥] وان كان ثبوتها بغير[٥٤] عقد سلم ، كالابل المستحقة في الدية ، والغرة(*) في الجنين ، فلا يشترط ذكر صفتها في الدعوى ، لأن

---

(٤٨) ب والمطبوعة : لا تثبت .
(٤٩) س ب والمطبوعة : فيها .
(٥٠) في الاصل : به وما اثبتناه عن ب س .
(٥١) س ب والمطبوعة : صفاتها .
(٥٢) س ب والمطبوعة : عن .
(٥٣) ب والمطبوعة : فوجب عدم قيمتها (وهو سهو) وفي س : وان لم يذكر عن انها عن عقد سلم لم تسمع دعواه وتكون مغصوبة بموجب عشر قيمتها (كذا وهو تصحيف) .
(٥٤) ب والمطبوعة : لا بعقد سلم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س .
(*) وهي العوض الذي يعطى بدل قتل الجنين ، وهي عبد أو امة ، أو فرس قيمته خمسمائة أو ما يعادل ثمنه نصف عشر الدية (طلبة الطلبة ١٦٧) المغرب ٣٣٧ ، التعريفات ١٤١ .

أوصافها مستحقة بالشــرع ، وانمــا[٥٥] يعتبر في صفتهــا[٥٦] شروط ثلاثة :

احدها : ذكر انها عن جناية عمد أو خطأ .

والثاني : انها جناية على حر .

والثالث : انها جنــاية نفس أو طرف او جراح ديته[٥٧] مقدرة بالشرع ، كالموضحة والجائفة[٥٨] .

واما الجناية التي لا ارش[٥٩] لها مقدر بالشرع ، فيقتصر[٦٠] في الدعوى بها على صفة الجناية ، من غير تقدير ارش لها ، لأن تقديره الى الحاكم .

وفي الغرة يذكر ان المجهضة[٦١] حرة .

واما الجناية على العبد ، فيذكر في الدعوى بها قدر قيمة العبد . وكذا في جنين الامة .

---

(٥٥) ب : فانما .

(٥٦) س ب والمطبوعة : في صحتها .

(٥٧) س والمطبوعة : أو جراح دية .

(٥٨) الموضحة : الشجة التي تبدى وضح العظام أي بياضها ، والجائفة الطعنــة التي تبلغ الجوف (قاموس : شجج ، جـوف ٢٦٤/١ ، ١٢٩/٣) .

(٥٩) الارش : دية الجراحات ، والجمع اروش واراش (المغرب في ترتيب المعرب : ارش ٢٣) .

(٦٠) س : فيفتقر .

(٦١) المجهضة (بالبناء للمفعول) هي التي اسقط جنينها بسبب ما ، والاجهاض الاسقاط (المصباح المنير : جهض ١٧٧/١) .

[الاطلاق والتفصيل في دعوى النكاح والبيع]

[٢٣٦] اما دعـوى النكاح والبيع ، ففي سـماع الدعوى المطلقـة ههنا[٦٢] ثلاثة أقوال : في الثالث : الفرق بين النكاح والبيع ، فيشترط في النكاح دون البيع •

ثم قيل : في النكاح تفصيل آخر ، وهو انه ان قال : تزوجتها ، فلابد من التفصيل •

وان قال : هي زوجتي ، فلا يحتاج •

وهذا الفرق ضعيف •

والتفصيل أصح في النكاح ، وصورته في النكاح ان يقول : ادعي ان هذه المرأة زوجتي ، تزوجتها بولي مرشد ، وشاهدي عدل ، ورضاها ، على صداق معلوم[٦٣] ، مبلغه كذا وكذا[٦٤] ، وقد احضرته ، لتتسلمه ، وتسلم نفسها الي ، واطلب ذلك منها[٦٥] ، فمرها ايها الحاكم بتسليم [نفسها][٦٦] الي ، فيتعرض لتفصيل العقد ، ويذكر رضاها ، ان كان المزوج لها غير مجبر ، وان كان مجبرا ، فيتعرض لذكر المزوج ، وهو الأب أو الجد ، ويتعرض للاهلية في حق الزوج والزوجة •

ويقول في البيع : اشتريت هـذه السلعة ، ويشير اليها ، ان كانت

---

(٦٢) س ب والمطبوعة : ففي سماع الدعوى المطلقة فيها ثلاثة ·· وما اثبتناه عن الاصل •

(٦٣) س : على صداق معلوم صحيح ، وهو ما دونه محقق المطبوعة ولم ترد هذه الزيادة في الاصل ولا في ب •

(٦٤) كذا كذا (بسقوط الواو بينهما) في ب •

(٦٥) س ب والمطبوعة : واطلب منها ذلك •

(٦٦) في الاصل : فمرها ايها الحاكم تسلم الي ، وما اثبتناه عن س ب •

حاضرة ، ويصفها ان كانت غائبة[٦٧] ، من هذا الحاضر ، ويشير اليه ، وهو جائز التصرف في ذلك[٦٨] ، شراء صحيحا شرعيا ، بثمن[٦٩] مبلغه كذا وكذا ، وسلمت الثمن اليه ، أو قد احضرته [الآن][٧٠] ليتسلمه ، ويسلم الي المبيع ، وانا اطلب ذلك ، والزامه به ، واسأل سؤاله عنه ، فمره بذلك •

فهذه هي الدعوى المفصلة •

[٢٣٧] والدعوى المطلقة هي ذكر البيع والثمن ، أو النكاح والصداق ، من غير تفصيل [٣٢/ب] وذكر الطواعية في العاقد ، ونفي الكراهة ليس بشرط في البيع والنكاح ، نص عليه الشافعي[٧١] رضي الله عنه •

وكذا لا يشترط نفي المفسدات [في النكاح][٧٢] من ردة وعدة ورضاع ، فان ذلك ينفيه قوله تزويجا صحيحا •

ولا خلاف ان دعوى القصاص لابد فيه من التفصيل ، لخطر الدماء ولا تخفى كيفيته •

[٢٣٨] وهذا كله اذا ادعى الرجل زوجية المرأة ، اما اذا ادعت

---

(٦٧) ب : مغيبة •
(٦٨) ب والمطبوعة : ذاك •
(٦٩) س ب والمطبوعة بثمن جملته •
(٧٠) الزيادة من س ب •
(٧١) قوله نص عليه الشافعي رضي الله عنه قلت : نص على ذلك في كتاب الدعوى والبينات من كتاب الام اذ قال : « واذا ادعى انه نكح امرأة لم اقبل دعواه حتى يقول : نكحتها بولي وشاهدين عدلين ورضاها •• » الام ٦/٢٣٨ •
(٧٢) الزيادة من س ب •

المرأة الزوجية على رجل[٧٣] ، فان ذكرت في دعواها طلب النفقـة أو المهر ، سمعت ، وان اقتصرت على مجرد دعوى الزوجية ، ففي سماعها وجهان[٧٤] •

[٢٣٩] ثم مهما صحت دعوى الرجل على المرأة بالنكاح مفصلة ، فأقرت بصحة دعواه هل يشترط في صحة اقرارها به تفصيل النكاح ، كما يشترط تفصيل الدعوى على الاصح ؟

فيه خلاف • الاصح : انه لا يشترط •

وهكذا اذا أقر الرجل بالنكاح الذي ادعت به المرأة وفصلته[٧٥] ، هل يشترط في صـحة اقرار الرجل به تفصيله[٧٦] ؟ فيـه وجهان ، اصحهما لا يشترط •

[٢٤٠] وحكم دعـوى البائع الثمن على المشتري ، حكـم دعوى المشتري المبيع على البائع •

وكذلك دعوى المتأجرين[٧٧] •

ولا يخفى حكمه وتنزيله على ما مضى •

---

(٧٣) س : الرجل •
(٧٤) قوله : ففي سماعها وجهان •• قلت نص الشافعي على سماعها فقد قال : « وهكذا لو ادعت عليه المرأة النكاح وجحد كلفت المرأة البينة فان لم تأت بها احلف ، فان حلف برىء ، وان نكل ردت اليمين على المرأة وقلت لها احلفي فان حلفت الزمته النكاح (الام ٦/ ٢٣٩) وقد ورد في حاشية الاصل قوله : الاصح من الوجهين انها تسمع •
(٧٥) في الاصل : فصلته (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن س ب •
(٧٦) في الاصل : تفصيل وما اثبتناه عن س ب •
(٧٧) س : المستأجرين •

[دعوى الحقوق]

[٢٤١] واما[٧٨] دعوى الحقوق كالقصاص ، وحد القذف ، والرد بالعيب ، والشفعة والغصب ، والقيم ، فلا تخفى على الفقيه ٠

وسنذكر ان شاء الله تعالى في أواخر الشهادات فصلا في شهادة[٧٩] القيمة وحقيقتها ، والدعوى بها ، والشهادة بها ان شاء الله تعالى ٠

[الدعوى بالمجهول ودعوى الوصية والاقرار]

[٢٤٢] واعلم ان اصحابنا كلهم قالوا : لا تصح الدعوى بالمجهول ، ولا تسمع ٠

واستثنى[٨٠] بعضهم الدعوى بالوصية [فقط ٠

وبعضهم استثنى الوصية][٨١] والاقرار ٠

ونحن نذكر[٨٢] ما ذكروه مفصلا ، ثم نعقبه بما نختاره[٨٣] ان شاء الله تعالى ٠

---

(٧٨) سقطت هذه الفقرة من نسخة س ٠ وثبتت في الفقرة ٢٦١ كما سيأتي ٠

(٧٩) ب والمطبوعة : فصلا في الشفعة وحقيقتها ، وما اثبتناه عن الاصل هو الصواب ، لان الفصل الخاص بالشهادة بالقيمة يأتي في أواخر باب الشهادات ، فاما الشفعة فلم يتناولها في باب الشهادات وانما تناولها في خاتمة الكتاب بعنوان مسائل من الشفعة ، فليلاحظ ذلك ٠

(٨٠) ب س والمطبوعة : ثم استثنى ٠

(٨١) الزيادة من س ب ٠

(٨٢) س : ونحن ننقل ما قالوه ٠ ب : ونحن ننقل ما ذكروه ٠٠ وهو اختيار محقق المطبوعة ٠

(٨٣) س : بما نختاره من ذلك ان شاء الله تعالى ٠

[٢٤٣] قال الماوردي[٨٤] :

لا تصح الدعوى فيما عدا الوصية الا معلومة ، وتجوز دعوى الوصية مجهولة ، لأنه يجوز[٨٥] تمليكها مجهولة .

فان قيل : لو اقر بمجهول جاز ، فهلا جاز ان يدعي مجهولا ؟

قيل [لوقوع][٨٦] الفرق بينهما ، لانه قد تعلق بالاقرار حق نغيره ، فيلزم بالمجهول خيفة انكاره ، ولم يتعلق بالدعوى حق لغيره .

هذا كلامه .

وهو مصرح [٣٣/أ] باستثناء الوصية فقط ، ثم أخذ يفرق بين قبول الاقرار مجهولا ، وبين عدم الدعوى بـه ، ولم يفرق بين صحة دعوى الوصية بالمجهول[٨٧] ، وبين عدم صحة دعوى الاقرار بالمجهول ، مع صحـة الوصية بالمجهول ، وصحـة الاقرار بالمجهول ، فترك ما ينبغي ذكره ، وذكر ما لم يحتج اليه في هذه المسألة .

[٢٤٤] وقال الامام :

قال العلماء : الدعوى على الجهالة مردودة ، الا دعوى الوصية ، فانها تقبل مع الجهالة ، لأن الوصية بالمجهول صحيحة ، ثم الرجوع في

---

(٨٤) قول الماوردي تجده في أدب القاضي له ٢/٣٣١ الفقرة ٢٢١٠ وما بعدها وقابل ذلك بما ذكره في حـ ٤ الفقرة ٥٠١٩ .
(٨٥) س ب والمطبوعة : لانه يجوز ان يتملكها مجهولة ..
(٨٦) الزيادة من أدب القاضي للماوردي ٢/٣٣١ .
(٨٧) وردت العبارة في س على النحو الآتي : ولم يفرق بين صحة دعوى الوصية بالمجهول مع صحة الوصية بالمجهول وصحة الاقرار بالمجهول فيرد (كذا) ما ينبغي ذكره ، وذكر ما لم يحتج اليه .

تفسيرها[٨٨] الى الورثة فاذا صحت الوصية لذلك[٨٩] ، صح ادعاؤها على وجه صحتها انشاء •

[٢٤٥] وقال القاضي :

الذي أراه ان دعوى الوصية المجهولة مردودة ، لأن الوصول الى اعلام الموصى به ممكن بمراجعة الورثة ، فاذا[٩٠] امكن ذلك ، فليقدم[٩١] الاحاطة به ، ثم يربط دعواه بمعلوم •

[٢٤٦] قال الامام :

والوجه عندنا ما ذكره الاصحاب ، لأن الموصى له اذا قال : ان فلانا قال : اوصيت لفلان بشيء ، وانا ادعي ثبوت هذه اللفظة[٩٢] ، ثم ابحث[٩٣] بعدها ، لم يمتنع[٩٤] عليه ذلك ، وانما تفرض الدعوى عند جحود الوارث اصل الوصية ، وانما يعرف التعيين منه ان لو اعترف بأصل الوصية •

[٢٤٧] ثم قال الامام بعد هذا :

من أقر بشيء مبهم حبس المقر حتى يفسره اذا امتنع ، هكذا قال الاصحاب •

---

(٨٨) ب : تفسيرهما •
(٨٩) س ب والمطبوعة : كذلك •
(٩٠) س ب والمطبوعة : واذا •
(٩١) ب : فليتقدم •
(٩٢) ب : اللقطة •
(٩٣) ب والمطبوعة : ثم انعت ، ثم فسرها محقق المطبوعة بقوله : أي أصف (وهو تصحيف) •
(٩٤) س : لم يمنع •

ومنهم من قال : لا يحبس لامتناعه عن تفسيره ، لكن يقال للمقر له : ادع عليه حقا معلوما ، فان اقر به اخذ منه ، وان انكر حلف ، وان قال : لست ادري[٩٥] ، كان انكارا منه ، فان اصر عليه بعد عرض اليمين عليه ، جعلناه ناكلا ، ورددنا اليمين على المدعي .

هذا كلام الامام .

[٢٤٨] قلت انا :

ينبغي[٩٦] ان يكون سماع دعوى الاقرار بالمجهول مرتبا على حبسه الى[٩٧] تفسيره ، أو عدم حبسه ، فانا ان قلنا : انه يحبس حتى يفسر[٩٨] استفاد المقر له المدعي باثبات اللفظة المبهمة التي ابهمها المقر ، والدعوى بها ان يشهد[٩٩] الشاهدان بما سمعاه من لفظه المبهم ، ثم يطالبه ببيانها ، فان امتنع حبسه ، فعلى هذا ينبغي سماع دعواه بالاقرار بالمجهول .

وان قلنا : ان المقر لا يحبس اذا لم يفسر ، ويكلف المقر له بيان[١٠٠] قدر يدعيه ، فينبغي ان لا تسمع دعوى الاقرار بالمجهول ، اذ لا فائدة فيها[١٠١] ، [٣٣/ب] اذا آل الامر الى تكليف المقر له ذكر قدر معين ، والدعوى به ، وهذا ظاهر[١٠٢] .

---

(٩٥) في الاصل : لست ادعي (وهو تصحيف) وما اثبتناه عن س ب .
(٩٦) س ب والمطبوعة : فينبغي .
(٩٧) س والمطبوعة : الى ان يفسر تفسيره .
(٩٨) س ب والمطبوعة : حتى يقر .
(٩٩) في الاصل : ان شهد الشاهدان ، وما اثبتناه عن س ب .
(١٠٠) س ب والمطبوعة : ببيان .
(١٠١) س ب والمطبوعة : منها .
(١٠٢) في الاصل : وهذا الظاهر .

[٢٤٩] ثم قال الامام :

اذا فسر [المقر][١٠٣] الشيء أو المال بتفسير مقبول ، فقال المقر له : لم [ترد][١٠٤] بلفظك ما اظهرته ، وانما اردت به أكثر منه ، قال المحققون : لا يقبل من المقر له هذا ، لأنه نزاع في ارادة ، فالوجه ان يقول له المقر له : قد فسرت اقرارك بدرهم ، ولي عليك عشرة ، وانت اردت بالشيء عشرة ، فيتجه كلامه[١٠٥] ، فيحلف المقر بالله : لا تلزمني التسعة الزائدة ، ولم ارد بالشيء الا درهما • ومن أصحابنا من قال : تقبل دعوى المقر له في الارادة المجردة على خلاف ما ابدى المقر ، وهو ضعيف لا أصل له يلتفت على اصل[١٠٦] ، وهو ان من رفع خصمه الى القاضي ، وقال : ادعي انه أقر لي بألف ، هل يسمع ؟ فيه خلاف ، الاصح انه لا يسمع •

هذا ما ذكره الامام •

[٢٥٠] وقال البغوي :

اذا ادعى على رجل انه اقر له بشيء ، ولم يبين ، لم تسمع الدعوى بمجهول[١٠٧] الا في الوصية ، اذا ادعى ان فلانا اوصى لي[١٠٨] بشيء ، ولم يبين تسمع ، وتسمع شهادة الشهود بذلك •

[٢٥١] وقال الشيخ ابو اسحاق[١٠٩] :

---

(١٠٣) الزيادة من س ب •
(١٠٤) في الاصل : لم تتلفظ بما اظهرته ، وما اثبتناه عن ب س •
(١٠٥) س ب والمطبوعة : فيتجه كلامه اذن فيحلف •
(١٠٦) العبارة (يلتفت على أصل) سقطت من س •
(١٠٧) س ب والمطبوعة : مجهولة •
(١٠٨) س والمطبوعة : اوصى له بشيء •
(١٠٩) انظر المهذب ٣١٩/٢ •

لا تسمع دعوى المجهول الا في الوصية •

[٢٥٢] فهذا ما ذكره من خصص بالوصية فقط •

[٢٥٣] اما من الحق الاقرار بها :

فقد قال[١١٠] القاضي أبو الطيب في تعليقه الكبير :

لا تسمع الدعوى مجهولة الا في الاقرار والوصية ، لأن الوصية بالشيء المجهول تصح ، فكذا الاقرار بالشيء المجهول يصح ، فكما[١١١] لم تمنع الجهالة صحتها ، لم[١١٢] يمتنع سماع الدعوى بها •

[٢٥٤] ونقله الشيخ ابو نصر بن الصباغ كذلك ، فقال :

لا يسمع الحاكم الدعوى الا محررة ، الا في الوصية والاقرار • وانما صحت الدعوى مجهولة في الوصية ، لانها تصح مجهولة ، لأنه لو وصى لـه بشيء ، أو سهم ، تصح ، فلا يمكنـه ان يدعيها الا مجهولة ، وكذلك الاقرار ، لما صح ان يقر بمجهول ، صح ان يدعي عليه انه اقر له بشيء مجهول •

هذا ما ذكره هذان الامامان[١١٣] •

[٢٥٥] وقال القاضي حسين في تعليقه :

لا تسمع الدعوى الا معلومة الا في الوصية •

ولم يزد على هذا •

[٢٥٦] وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير :

---

(١١٠) س ب والمطبوعة : فقال •

(١١١) في الاصل : فما لم ، وما اثبتناه عن س ب •

(١١٢) س ب والمطبوعة : لم تمنع •

(١١٣) الامامان أي السابقان أبو الطيب وأبو نصر ، وقد سقطت لفظة (هذان) من ب س والمطبوعة •

دعوى المجهول لا تقبل الا في موضعين :

احدهما : الوصية يدعي بها على الورثة ان [الميت](١١٤) وصى له بشيء [٣٤/أ] أو بدابة من ماله ، لآنه يمكن اثبات ذلك بالبينة(١١٥) ، وكل ما امكن اثباته بالبينة سمعت الدعوى فيه •

والثاني : الاقرار ، فتسمع دعوى الاقرار بمجهول(١١٦) ، لانه يصح مع الجهل •

[٢٥٧] وقال الشيخ ابن أبي عصرون(١١٧) :

---

(١١٤) الزيادة من س ب وفي الاصل : انه وصى •
(١١٥) في المطبوعة : بالبنية (بتقديم النون على الياء) وهو تصحيف طباعي •
(١١٦) س ب والمطبوعة : مجهولة •
(١١٧) في ب : ابن عصرون ، والتصحيح من الاصل ومن س ، وابن ابي عصرون : عبدالله بن محمد بن هبةالله بن علي بن المطهر بن أبي عصرون أبو سعد التميمي الموصلي القاضي شرفالدين الشافعي ، ولد بالموصل سنة ٤٩٢هـ ، ورحل في طلب العلم الى بغداد وواسط وعاد الى الموصل ودرس فيها وأقام بسنجار مدة ، ثم انتقل الى حلب ثم قدم دمشق في عهد نورالدين زنكي ودرس بالزاوية الغربية من جامع دمشق ، ثم رجع الى حلب ، واقام بها وصنف كثيرا من الكتب منها كتاب صفوة المذهب من نهاية المطلب ، وكتاب الانتصار وكتاب المرشد ، وتولى القضاء في مدن عديدة ، ثم عاد الى دمشق ، فولى القضاء فيها ثم عمي آخر عمره ، وصنف جزءا في جواز قضاء الاعمى ، وله نظم جيد توفي سنة ٥٨٥هـ انظر ترجمته في سير اعلام النبلاء للذهبي (مخطوط ـ نسخة أحمد الثالث ١٣/٢٩١٠) الورقة ٢٩ ـ ٣٠ تحت الطبع رقم الترجمة ٦٠ من تحقيقنا بالاشتراك مع الدكتور بشار عواد معروف ، التكملة لوفيات النقلة ١/٢٠٠ رقم ٨٢ ، طبقات السبكي ١٣٢/٧ رقم ٨٣٤ ، وفيات الاعيان ٥٣/٣ رقم ٣٣٥ ، طبقات الاسنوي ١٩٣/٢ رقم ٨١٠ •

قـال في المهـذب : لا تصـح[١١٨] دعـوى المجهـول الا في الوصية[١١٩] • قلت والاقرار في معناها ، لانه يصح الاقرار [به][١٢٠] واقامة البينة عليه ، فتصح دعواه كالوصية •

هذا كلامه •

[٢٥٨] والذي عندي في هذه المسألة ان الدعوى بالوصية بالمجهول تصح ، لانها انشاء ، [و][١٢١] لا يمكن الموصى له تعيين شيء ابهمه الموصي [المنشيء][١٢٢] •

وهل تصح الدعوى بالاقرار بالمجهول ؟

فيه وجهان مبنيان[١٢٣] على جواز حبس المقر اذا امتنع من التفسير ، فان جوزنا حبسه صحت الدعوى والا فلا •

[٢٥٩] والفرق بين الاقرار والوصية : ان الوصية انشاء ، والاقرار اخبار عن حق سبق وجوبه ، فللمقر[١٢٤] له طريق الى تعيينه[١٢٥] ، فيبينه ، ويدعيه مبينا ، بخلاف الانشاء •

وقول الشيخ ابي علي : كل ما صح اقامة البينة عليه[١٢٦] صحت الدعوى به ، يبطل بدعوى الاقرار المجرد ، فان اقامة البينة به صحيحة بلا خلاف • والاصح انه[١٢٧] لا تسمع الدعوى به مجردا •

[والله اعلـم]

---

(١١٨) في الاصل : لا تسمع والتصحيح من س ب ومن المهذب ٢/٣١١ •
(١١٩) انظر المهذب ٢/٣١١ •
(١٢٠) الزيادة من س ب •
(١٢١) الزيادة يقتضيها السياق •
(١٢٢) الزيادة من س ب •
(١٢٣) س : ينبنيان •
(١٢٤) س : وللمقر (بالواو) وهو ما في المطبوعة •
(١٢٥) س ب : طرق الى معرفته ، (وهو ما في المطبوعة) •
(١٢٦) س ب : اقامة البينة به ، (وهو ما في المطبوعة) •
(١٢٧) س : انها ، (وهو ما في المطبوعة) •

النظر الثالث

في جواب المدعى عليه

[٢٦٠] وهو ينقسم الى[1] اقرار وانكار وسكوت ٠

القسم الاول : الاقرار[2] بالمدعى به :

[٢٦١] ولا[3] يخفى صريحه[4] ٠ فمتى اقر به حكم عليه بموجبه ٠ فلو قال : لي من هذه الدعوى مخرج ، فليس باقرار ، وكذا اذا قال : عندي المخلص منها ، أو البراءة منها ، أو أنا بريء من هذا المال ، لا يكون اقرارا ٠

[٢٦٢] ولو قال : ابرأني من[5] هذا المال ، كان اقرارا على المذهب الصحيح ٠

---

(١) س ب والمطبوعة : الى اقرار والى انكار والى سكوت ٠ وما اثبتناه عن الاصل ٠

(٢) س : في الاقرار بالدعوى به (كذا وهو تصحيف) ٠

(٣) س ب : فلا ٠

(٤) جاءت العبارة في س كالآتي : فلا يخفى صريحه اما دعوى الحقوق كالقصاص وحد القذف والرد بالعيب والشفعة والغصب والقيم فلا يخفى على الفقيه وسنذكر ان شاء الله تعالى آخر الشهادات فصلا في القيمة وجنسها والدعوى بها والشهادة بها ان شاء الله تعالى ٠٠ وهو كلام قد مر في الفقرة ٢٤١ التي مرت قبل ورقات ٠

(٥) س ب والمطبوعة : عن ٠

وحكى الهروي(٦) عن ابن القاص(٧) قولا : انه لا يكون اقرارا • وهو بعيد •

[٢٦٣] ولو(٨) قال : ابرأني عن هذه الدعوى ، لا يكون اقرارا وهل تسمع دعواه حتى يحلف المدعى انه ما ابرأه عن هذه الدعوى ؟ فيه وجهان :

قال صاحب التلخيص(٩) : يحلف ، لانه لو أقر بان لا دعوى له

---

(٦) انظر حكاية ابي سعد الهروي لقول ابن القاص في الاشراف على غوامض الحكومات الورقة ٥١/أ ـ ٥١/ب ، وناقشه فيه ، وعبارته : (وحكى ابن القاص عن بعض أصحابنا انه ليس اقرارا ، لأن الله سبحانه قال « فبرأه الله مما قالوا » وموسى لم يكن به اذى ، وتبرئته عن عيب الاذية لم تقتض اثبات الاذى به ، وهذا غير صحيح ، لان الظاهر من لفظ الابراء انه اسقاط فيترتب على الوجوب) •

(٧) ابن القاص : واسمه أحمد بن أبي أحمد أبو العباس الطبري الشافعي ، تفقه على ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان ، فكان من أصحاب الوجوه المتقدمين كما يقول النووي ، وتكرر اسمه في كتب الشافعية باسم صاحب التخليص وله مصنفات نفيسة منها التخليص الذي شرحه كثيرون ، والمفتاح ، وأدب القاضي توفي بطرسوس سنة ٣٣٥هـ مغشيا عليه عند وعظه ، انظر تهذيب الاسماء واللغات ١/٢/٢٥٢ رقم ٣٧٨ ، طبقات الاسنوي ٢/٢٩٧ رقم ٩١٦ ، طبقات الشيرازي ١١ ، طبقات العبادي ٧٣ ، طبقات السبكي ٣/٥٩ رقم ١٠٥ ، وكلامه في الاقرار تجده في أدب القاضي (نسخة المتحف العراقي المرقمة ٢/٢٢٣١٥) الورقة ١٢ ب ـ ١٣/أ •

(٨) في الاصل : فاذا ، وما اثبتناه عن ب س •

(٩) صاحب التخليص : هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد ابن القاص الطبري الشافعي الذي مرت ترجمته الآن • والتخليص كتاب اشتهر به ابن القاص واسم الكتاب التلخيص في الفروع ، قال حاجي خليفة : وهو مختصر ذكر في كل باب مسائل منصوصة ومخرجة ،

عليه بريء[١٠] ٠

وقال الشيخ الاصطخري والقفال وغيرهما : لا يحلف ، لأنه منكر دعـواه ٠ فاذا ادعى انـه ابرأه ، فقـد ادعى الصلح على الانكار ، فلا تسمع دعواه ٠

[٢٦٤] ولو قال المدعى عليه : ابرأني من هذا المال المدعى به ، فهو اقرار به ، على المذهب الصحيح ٠

وحكى الهروي قولا عن ابن القاص[١١] : انه ليس باقرار ٠
فاذا قلنا : انه اقرار ، فلو قال يحلف انه ما ابرأني منه ، [٣٤/ب] فالمذهب انه لا يطالب[١٢] به حتى يحلف المدعي ٠

وقال القاضي حسين : بل يقال له : اد المال الى المدعي ، ثم ادع

ثم أمورا ذهبت اليها الحنفية على خلاف قاعدتهم ، وهو اجمع كتاب في فنه للاصول والفروع على صغر حجمه وخفة محمله ، له شروح منها شرح الامام ابي بكر محمد بن علي القفال الشاشي (المتوفى ٣٦٥هـ) وعلى ابي علي الحسين بن شعيب المعروف بأبن السنجي (المتوفى ٤٣٠هـ) وهو شرح كبير قليل الوجود ، وشرح ابي عبدالله محمد بن الحسن الاسترابادي المعروف بابن الختن الشافعي (المتوفى ٣٨٦هـ) في مجلد (انظر كشف الظنون ١/٤٧٩) ٠

(١٠) حكى أبو سعد الهروي رأي صاحب التلخيص في الاشراف الورقة ٥١/ب ، واكتفى ابن القاص (صاحب التلخيص) في أدب القضاء بقوله : (ولو ادعى عليه رجل مالا فقال المدعى عليه : قد ابرأني من هذه الدعوى لم يكن اقرارا لا اختلاف فيه (أدب القاضي الورقـة ١٢/ب) ٠

(١١) حكاية ابي سعد الهروي قول ابن القاص تجدها في الاشراف الورقة ٥١/ب ٠

(١٢) س والمطبوعة : لا يطالبه ٠

البراءة فانها دعوى [جديدة][13] .

[٢٦٥] ولو قال المدعى عليه ، والمدعى به عين ، اشتريت منه هذه العين ، فهذا اعتراف له بالملك ، فان كانت له بينة حاضرة لم تزل يده على أحد الوجهين وهومذهب الصيدلاني ، بل تسمع البينة في الحال بالشراء .

وعند القاضي حسين تزال يده في الحال ، وللمدعي ان يقول[14] : انتهت الخصومة باقرارك لي ، فسلم الي ، ثم افتتح مخاصمة ودعوى[15] .
فعلى مذهب الصيدلاني ، لو قال : لا تزيلوا يدي ، وامهلوني ثلاثة أيام لاقيم البينة على الشراء[16] ، فلا خلاف انه لا يمهل ، وهكذا[17] في دعوى الابراء بالدين .

[٢٦٦] ومسائل الاقرار معروفة ، فلتطلب[18] في بابها والكلام ههنا في اقرار يؤاخذ[19] المقر به .

[٢٦٧] ولو قال : استحق في ذمته الفا من قرض ، فقال المدعى عليه مجيبا : يستحق عليّ الفا ولكن من ثمن مبيع ، أو قيمة متلف ، هل يستحق الالف ؟

فيه وجهان : الاصح : نعم .

القسم الثاني : الانكار[20] .

---

(١٣) الزيادة من س ب وقد سقطت من الاصل ومحلها بياض فيه .
(١٤) س : ان يقول له ، وهو ما اثبته محقق المطبوعة .
(١٥) س : ثم افتتح خصومة مخاصمة أخرى .
(١٦) في الاصل : على الشرى .
(١٧) س : وهكذا اذا ادعى الابراء .
(١٨) ب : فلتطلب من بابها .
(١٩) س : مؤاخذة .
(٢٠) ب : القسم الثاني الاقرار (وهو سهو) .

[٢٦٧] وصورته : ان يدعي عليه عشرة دراهم مثلا ، فاذا قال مجيبا :

لا تلزمني هذه العشرة ، ولا شيء منها ، [أو لا يلزمني تسليم عشرة دراهم اليه ، ولا شيء منها](٢١) ، أو(٢٢) لا يستحق علي عشرة دراهم ، ولا شيئا(٢٣) منها ، فكل ذلك جواب صحيح •

[٢٦٨] ولابد ان يقول في الجواب : ولا شيئا منها على الاصح •

وقال القاضي حسين : لا يحتاج المنكر في الانكار ان يقول : ولا شيء منها ، بل ذلك يكون في اليمين •

وليس بصحيح ، لأن مدعي العشرة مدع بكل جزء منها ، فلابد من نفي جميع ما يدعي عليه ، او الاقرار بجميعه ، أو انكار بعضه ، والاقرار ببعضه •

[انكار الاستحقاق لا السبب]

[٢٦٩] ولو(٢٤) قال : ادعي على رجل ثمن مبيع ، أو اجرة مستأجر ، أو قيمة متلف ، لم يكلف المدعى عليه في الجواب نفي الشراء والاجارة والتلف ، بل يكفي قوله مجيبا : لا يلزمني تسليم [ما ذكر](٢٥) ، ولا تسليم شيء منه ، أو لا يستحق علي ما ذكر ولا شيئا •

لأنه(٢٦) ربما جرى ذلك حيث لا يلزمه شيء ، بأن جرى البيع

---

(٢١) الزيادة من س ب •
(٢٢) ب والمطبوعة : **او ما** •
(٢٣) في الاصل : او لا تستحق علي عشرة دراهم ولا شيء (بالرفع) •
(٢٤) س : ولو **ادعى** •
(٢٥) الزيادة من ب ، وفي س : ما ذكره •
(٢٦) س : لانه ربما بان يكون جرى البيع والشراء (كذا ، وهو سهو) •

والشراء ، وقبض[27] المبيع ، ثم ابرأه البائع من الثمن ، أو برئت بـه ذمته بحوالة ، أو مقاصة ، أو غير ذلك •

وهكذا في الاجارة لا[28] يكلف نفي الاستئجار ، ولا نفي الانتفاع ، لما ذكرناه [٣٥/أ] •

وفي التلف يمكن ان[29] يكون باذن المالك •

فلو كلف نفي هذه الاشياء في الجواب ، لكان كاذبا في نفيها ، مع علمه بوقوعها ، ولا يرى الكذب فيؤدي الى اعترافه بوقوعها منه ، فيكون اعترافا منه بجريان السبب في حقه ، فيلزمه الثمن والاجرة والقيمة ، ولا يقبل قوله في البراءة بعد ذلك الا ببينة ، وربما تعذر عليه اقامتها •

[٢٧٠] فلو انه في الجواب نفى ما ادعى[30] به ، بان ادعى عليه ثمنا في بيع من مبيع ، حيث تصح الدعوى به ، فاجاب باني ما اشتريت منه هـذه العين التي ذكرها فطلب المدعي من الحاكم احلافه ، فهـل يجب تحليفه ، بانه ما اشترى ذلك بالثمن المذكور بناء على جوابه أو يحلف على نفي استحقاق الثمن ؟

ان قال : لا احلف ، الا انه ما يستحق [علي][31] هذا الثمن ، ولا شيئا منه ، فيـه وجهان ، أصحهما انـه يقنع منـه باليمين على نفي الاستحقاق •

---

(٢٧) س والمطبوعة : وقبض الثمن أو قبض المبيع ثم ابرأه البائع من الثمن (وهو سهو) •
(٢٨) س والمطبوعة : فلا ، بزيادة الفاء وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •
(٢٩) في الاصل : ان يقول باذن المالك وما اثبتناه عن س ب •
(٣٠) س ب والمطبوعة : نفي ما ادعى عليه به •
(٣١) الزيادة من س ب •

[انكار سبب الاستحقاق]

[٢٧١] ولو ادعى عليه الفا من جهة ضمان ، فقال المدعى عليه مجيبا : ليس لك علي الف من جهة ضمان[٣٢] ، لكن من جهة عين اتلفتها عليك ، أو من ثمن مبيع قبضته منك ، ففي ثبوت الاستحقاق وجهان ، [الاصح][٣٣] عند الامام [ثبوته][٣٤] حكى ذلك[٣٥] في أثناء الاقرار .

[مسائل على الانكار]

[٢٧٢] ومن المسائل القريبة مما نحن فيه ، ان المشتري اذا ادعى بالمبيع عيبا قديما[٣٦] يمكن حدوثه بعد البيع فالقول قول البائع مع يمينه .

ثم كيف يحلف ؟

ينظر في جوابه : فان اجاب بانه[٣٧] لا يستحق [علي][٣٨] ما يدعيه من استحقاق الرد ، حلف كذلك . وان اجاب بنفي[٣٩] لفظ الدعوى ، فقال : بعته[٤٠] بريا من هذا العيب ، فيه وجهان :

---

(٣٢) العبارة (فقال المدعى عليه مجيبا ليس لك علي الف من جهة ضمان) سقطت من س .

(٣٣) الزيادة من س ب .

(٣٤) الزيادة من س ب .

(٣٥) س ب والمطبوعة : حكاه في أثناء الاقرار كذلك .

(٣٦) س ب والمطبوعة : عيبا انه قديم ويمكن .

(٣٧) ب : بان لا يستحق ، س : فان اجاب قال لا يستحق .

(٣٨) الزيادة من س ب .

(٣٩) في الاصل : فان اجاب بلفظ الدعوى وما اثبتناه عن س ب .

(٤٠) (بعته) كذا في س وفي الاصل ونسخة ب : بعتني وقد ورد في هامش النسخة ب قوله : لعله : بعتك .

احدهما : يحلف انه ما يستحق[41] عليه الرد .

والثاني : يحلف انه باعه[42] بريا من هذا العيب .

واصل هذين الوجهين : [انه][43] اذا ادعى عليه غصبا ، فقال مجيبا ما غصبت ، فهل[44] يحلف على نفي الاستحقاق ، أو على نفي الغصب ؟ فيه وجهان .

ثم ان الشافعي رضي الله عنه نص ان[45] البائع يحلف انه باعه بريا من هذا العيب[46] ، قال المزني[47] : بل يحلف انه باعه واقبضه بريا من العيب ، لجواز ان يكون العيب حدث بعد البيع وقبل القبض ، فيستحق [المشتري][48] به الرد .

أجاب أصحابنا عن هذا[49] : بأن الشافعي أراد ما اذا ادعى المشتري انه باعه اياه ، وبه[50] العيب ، فيكفيه الحلف على نفي الدعوى فقط ، لأن المشتري لم يدع حدوثه [٣٥/ب] بعد العقد[51] حتى يحتاج البائع الى نفيه باليمين .

---

(٤١) في الاصل : ما استحق .

(٤٢) في الاصل ونسخة ب : انه ما باعه .

(٤٣) الزيادة يقتضيها السياق .

(٤٤) في الاصل وفي نسخة ب : هل .

(٤٥) س : نص على ان .

(٤٦) انظر قول الشافعي في الام ٣/٦٣ .

(٤٧) انظر قول المزني في المختصر ٢/١٩٠ ـ ١٩١ .

(٤٨) الزيادة من س ب .

(٤٩) س : عن هذه المسالة .

(٥٠) العبارة في الاصل : بان الشافعي أراد ما ادعى المشترى انه باعه اياه وليس هذا العيب فيه فيكفيه ، وما اثبتناه عن س ب .

(٥١) في الاصل : بعد القبض ، وما اثبتناه عن ب س .

[٢٧٣] ولو كان في يده عين ، فادعاها خارج فقال مجيبا : ما يستحق عليّ تسليمها ، أو لا يلزمني تسليمها ، فأقام المدعي بينة بالملك له .

قال القاضي حسين : يجب التسليم اليه للشهادة بالملك له .

قال الامام : هذا مشكل ، لأن ذا اليد يقول : صدق الشهود ، هي ملكه ولكن لا يلزمني التسليم ، لاحتمال كونها في يده مستأجرة ، أو مرهونة ، فلا يلزمه(٥٢) التسليم .

وهذا يلتفت على ما لو صرح الداخل بانها في يده باجارة(٥٣) ، هل القول قوله ؟ أو قول المالك ؟

فيه خلاف .

فان قلنا : ان القول قول المالك ، فيلزم الداخل اقامة البينة على رهن أو اجارة ان كان يدعيه .

وقال الشيخ القفال والفوراني بعده : طريقه في الجواب ان يقول للحاكم : سله ، فان كان يدعي الفا ، به رهن ، حتى(٥٤) اجيبه ، وان كان يدعي الفا ، لا رهن به لم يلزمني التسليم اليه .

قال الشيخ أبو علي : قال بعض شيوخنا : ليس للمدعى عليه ان يتحكم على القاضي بهذا السؤال ، ولا يجب على المدعى جوابه . والحيلة [في](٥٥) ان لا يضيع رهنه ، ان ينظر في قيمته ، ان بلغت قدر الدين ، ان ينكر المدعى عليه ، ويحلف انه لا يلزمه تسليم شيء اليه ، ولا يأثم

(٥٢) في الاصل : فلا يلزمني التسليم وما اثبتناه عن ب س .
(٥٣) س : اجارة .
(٥٤) ب س والمطبوعة : فمتى .
(٥٥) الزيادة من س ب .

بـه ، وكذا ان كانت قيمته أكثر من الدين ، فيحلف ثم يدعي الزيادة عليه ، وان كان أقل ، فينكر من الدين بقدر قيمته ، ولا يحلف على الزيادة •

[وقال القاضي حسين : انا لا اسمع هذا الجواب المتردد(٥٦) ، لكن له انكار الدين ان انكر المدعي الرهن •

قال الامام](٥٧) وهو بناء على مسألة الظفر بغير الجنس(٥٨) •

هذا ما ذكره الامام في أصل هذه المسألة عن القاضي والاصحاب(٥٩) من وجوب التسليم الى المالك عند قيام البينة ، وما ذكره الامام من الاشكال عليه •

[٢٧٤] وعندي ان ما ذكره القاضي من وجوب التسليم صحيح ، لا يمكن فرض خلاف فيه في المذهب ، وقاعدة المذهب تقتضيه ، وليس كمسألة الاجارة التي ذكرها الامام ، والخلاف فيها ، والاشكال الذي ذكره ضعيف جدا ، بيانه هو ان بينة المدعي الخارج(٦٠) موجبة لتقدمه شرعا(٦١) على يد الداخل ، اذا لم تقم بينة بملك ولا بيد سابقة مثلا ، ولا بأمر يعارض بينة الخارج ، وكون [٣٦/أ] العين المدعى بها في يد الداخل لا يعارض مجرد هذا بينة الخارج اجماعا ، وامكان كونها مستأجرة(٦٢) منه ، مرهونة عنده لا ينافي(٦٣) بينة الخارج اذا سكت

---

(٥٦) ب : المردد ، وقد سقطت هذه الجملة من الاصل •
(٥٧) الزيادة من ب س •
(٥٨) س : بغير جنس الحق •
(٥٩) س ب : عن الاصحاب والقاضي •
(٦٠) في الاصل : الخارجة •
(٦١) في الاصل : لتقدمه شراء على يد الداخل ، وما اثبتناه عن س ب •
(٦٢) ب : مستأجر •

ذو اليد عن دعوى ذلك بلا خلاف أيضا .

نعم لو ادعى ذو اليد ان العين(٦٤) بيده باجارة صدق على أحد الوجهين بدعواه ، اما عند سكوته فلا ذاهب اليه ، ولا(٦٥) نعرف فيه خلافا .

والدليل على صحة ما ذكرناه ، انه لو ادعى عليه ثمن مبيع باعه منه وسلمه اليه فاجابه(٦٦) بالابتياع ، وقبضه المبيع ، وان الثمن ما ذكره البائع المدعي ، وقال : ولا يلزمني تسليم الثمن اليه ، أو ما يستحق عليّ هذا الثمن ولا شيئا(٦٧) منه ، فهذا لا يسمع منه اجماعا ، وان امكنه براءته منه .

[٢٧٥] وهكذا لو ادعى [عليه](٦٨) انه اتلف عليه ثوبا قيمته عشرة دراهم تعديا ، أو خطأ ، بغير اذن المالك ، وطالب بقيمته ، فقال مجيبا : اتلفته(٦٩) بغير اذنك وهو ملكك ، ولكن ما تستحق عليّ قيمته ولا شيئا منها ، فلا يسمع أيضا [منه](٧٠) اجماعا مع امكان الابراء .

[٢٧٦] ولو قالت : تزوجني هذا تزويجا صحيحا ، بولي مرشد ، وشاهدي عدل على صداق مائة دينار ، وسلمت نفسي اليه ، ودخل بي ،

---

(٦٣) ب : لا ينافي ، وفي الاصل : لا يقام ، وما اثبتناه عن س .
(٦٤) س : ان المتعين .
(٦٥) س ب والمطبوعة : (لا) بسقوط الواو .
(٦٦) س ب والمطبوعة : فأجاب .
(٦٧) في الاصل : ولا شيء .
(٦٨) الزيادة من س ب .
(٦٩) ب والمطبوعة : فقال مجيبا : انا عبته .
(٧٠) الزيادة من س .

فقال مجيبا : تزوجتها كما ذكرت ، [على ما ذكرت][71] من الصداق ، ودخلت بها ، ولكنها ما تستحق على هذا الصداق ، ولا شيئا منه ، فلا يسمع منه على المذهب الصحيح الذي لا يجوز خلافه .

وحكى فيه وجه عن الشيخ أبي عاصم العبادي[72] ، في فتاويه[73] ، انه يسمع منه والقول قوله في نفي الصداق ، ولم يذكر أحد من الاصحاب هذا الوجه[74] في كتب المذهب ، ولا ذكره الشيخ أبو عاصم في انكار الثمن في البيع[75] .

والسبب في عدم قبول انكاره ، مع امكان البراءة ، انه اعترف بالسبب الشاغل لذمته ، فلا يسمع منه نفيه ، الا بدعوى قبض ، أو براءة ، وهكذا في مسألتنا ، قيام البينة للخارج سبب[76] ظاهر في ثبوت الملك له ، وترجيح

---

(٧١) الزيادة من س ب .

(٧٢) س : ابي عاصم البغدادي ، وابو عاصم : هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله بن عباد الهروي الامام الجليل القاضي أبو عاصم العبادي الفقيه الشافعي صاحب المؤلفات كالزيادات والهادي وطبقات الفقهاء وأدب القضاء الذي شرحه أبو سعد الهروي في كتابه الاشراف على غوامض الحكومات وكان حافظا للمذهب ، بحرا يتدفق بالعلم ، وكان معروفا بغموض العبارة غزير النكت والغرائب في الفقه تتلمذ على جماعة من الفقهاء المشهورين منهم الشيخ أبو طاهر الزيادي وأبو اسحاق الاسفرايني بنيسابور وهراة وغيرهما توفي سنة ٤٥٨هـ انظر ترجمته في طبقات السبكي ٤/١٠٤ رقم ٢٩٦ ، وفيات الاعيان ٤/٢١٤ رقم ٥٨٦ ، الوافي بالوفيات ٢/٨٢ رقم ٣٩٢ ، شذرات الذهب ٣/٣٠٦ ، طبقات ابن هدايةالله ٥٦ ، العبر ٣/٢٤٣ .

(٧٣) فتاوى الشيخ أبي عاصم ذكرها حاجي خليفة باسم فتاوى العبادي (أنظر كشف الظنون ١/١٢٢٦) .

(٧٤) س : هذا الوجه في انكار الثمن .

(٧٥) س : المبيع .

(٧٦) س : فتقام بينة الخارج بسبب .

جانبه ، فاذا انضم اليها تصديق الداخل بها تأكد الظهور ، وقوى جانب المشهود له بالملك ، واعترف بما وجب[٧٧] عليه التسليم اليه ، فيلزمه[٧٨] التسليم قولا واحدا ، وان ادعى ناقلا فعليه بيانه ، أو ما يقتضي ابقاؤه في يده ، فعليه اظهاره ، واثباته [٣٦/ب] قولا واحدا ، أو اظهار الدعوى[٧٩] به على أحد الوجهين ان كان اجارة •

[٢٧٧] واما مذهب الشيخ القفال والفوراني في الجواب المردد[٨٠] ، فهو مذهب ضعيف ، فان حق الجواب ان يكون جزما ، كما تكون الدعوى جازمة ، وليس هذا[٨١] كما لو قال : غصب مني عينا لي ، قيمتها درهم ، واطلب منه ردها بعينها ان كانت قائمة ، أو تسليم قيمتها ان كانت هالكة[٨٢] ، فان هذه الدعوى مقبولة كذلك ، مع ان فيها نوع تردد ، لكن انما قبلت[٨٣] كذلك ، لانه صرح فيها بما هو حكم الغصب ، بخلاف مسألة النزاع •

[تخيير المدعي بين تحليفه المدعى عليه وبين اقامته البينة]

[٢٧٨] ثم مهما أجاب المدعى عليه بالانكار ، يخير المدعي بين أحلافه • وبين اقامة البينة •

---

(٧٧) س والمطبوعة : يوجب •
(٧٨) س : فيلزم •
(٧٩) س ب والمطبوعة : أو اظهاره والدعوى به •
(٨٠) س : المردود •
(٨١) ب والمطبوعة : وليس كما لو قال هذا غصب مني •• وفي س : وليس كما قال هذا غصب ••
(٨٢) ب : هلكت •
(٨٣) في الاصل : مع ان فيها نوع تردد ، وان قبلت كذلك ، والتصحيح من س ب •

فان اقام بينة عادلة عمل بموجبها •

ولو قال للقاضي : لي بينة حاضرة ، ولكن لا اقيمها ، فحلفه ، فله ذلك •

[نفي المدعي وجود بينة لديه ثم يريد اقامتها بعد ذلك] •

[٢٧٩] وان[٨٤] قال : ليست لي بينة ، لا[٨٥] حاضرة ، ولا غائبة[٨٦] ، فحلفه القاضي ثم اراد اقامة البينة هل له ذلك[٨٧] ، وتقبل بينته ؟

فيه وجهان أصحهما عند الشيخ أبي علي انها لا تسمع[٨٨] •

[٢٨٠] ولو قال : كل بينة لي فهي بينة زور ، أو كاذبة ، هل

---

(٨٤) س : ولو قال •

(٨٥) ب : ولا •

(٨٦) في هامش ب وردت لفظة (فحلفه) اثبتها محقق المطبوعة في المتن فكانت العبارة فيها على الوجه الآتي : (ولا غائبة فحلفه فحلفه القاضي) فيكون اللفظ الاول فعلا أمرياً والثاني فعلا ماضيا ، وهذه اللفظة لم ترد في الاصل ولا في نسخة س •

(٨٧) في س وفي المطبوعة : ثم أراد اقامة البينة بعد ذلك ، فهل تقبل بينته ؟ وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(٨٨) في نسخة س : فيه وجهان الصحيح انها تسمع •• (كذا) وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ، وقد ذكر الماوردي انه قد اختلف الاصحاب في سماعها على وجهين : احدهما وهو قول الاكثرين : انه لا يسمعها منه ، لأنه قد اكذبها بانكارها ، والثاني وهو محكي عن أبي سعيد الاصطخري انه يسمعها منه ، لانه قد لا يعلم ان له بينة ثم يعلم ، ولو علم لكان ذلك كذبا منه ولم يكن تكذيبا للبينة (انظر أدب القاضي ٣٥٢/٢ ـ ٣٥٣ الفقرة ٣٤٦١ وما بعدها) وذكر الشيخ أبو اسحاق ثلاثة اوجه فانظر المهذب ٣٠٣/٢ •

تسمع بينته بعد ذلك ؟

فيه وجهان ، الاصح[88] عند الشيخ أبي اسحاق[90] انها تسمع بكل حال •

[٢٨١] وهكذا لو قال المدعي ، بعد اقامة البينة : كذب شاهداي ، وشهدا باطلا[91] ، سقطت بينته هذه ، وهل تبطل دعواه في الاصل ؟ فيه وجهان ، اظهرهما عند الامام لا تبطل •

[تحليف المدعى عليه]

[٢٨٢] وان اختار تحليف المدعى عليه ، فله ذلك ، فاذا طلب من الحاكم احلافه ، عرض الحاكم عليه اليمين ، وخوفه بالله تعالى من الاقدام عليها كاذبا ، فان بذل اليمين احلفه اليمين الشرعية •

وسيأتي ذكر كيفيتها وألفاظها في موضعه ان شاء الله تعالى[92] •

[٢٨٣] فلو حلف المدعى عليه قبل احلاف الحاكم له ، لم يحتسب بها قولا واحدا •

[٢٨٤] ولو قال له الحاكم : احلف بالله تعالى ان هذا المدعي لا يستحق عليك[93] تسليم ما ذكره[94] ، ولا تسليم شيء منه ، فحلف

---

(٨٩) س : فيه وجهان الصحيح انها تسمع بكل حال عند الشيخ أبي اسحاق • وما أثبتناه عن ب وعن الاصل •

(٩٠) انظر المهذب ٣٠٣/٢ •

(٩١) س ب والمطبوعة : وشهدا بباطل •

(٩٢) سيرد ذلك بعد قليل •

(٩٣) في الاصل : لا يستحق عليّ •

(٩٤) ب : ما ذكر •

المدعي عليه ، لا باحلاف الحاكم ، ولكن باذنه ، هل يحتسب بها ؟ فيه وجهان •

[٢٨٥] ولو حلفه الحاكم قبل طلب المدعى منه اليمين ، المشهور انها لا تحتسب[٩٥] • [٣٧/أ]

وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير : فيه وجهان الاصح ، وهو اختيار ابن سريج ، انه يعتد بها ، ولا تعاد ، لأنه لما انكر ، توجهت اليمين عليه[٩٦] شرعا ، فكان للحاكم تحليفه •

[٢٨٦] ولو قال له الحاكم[٩٧] : قل : والله ، فقال المدعى عليه : بالله ، أو بالعكس هل يجعل ناكلا ؟ فيه وجهان ، ذكرهما الشيخ أبو علي •

[امتناع المدعى عليه من اليمين]

[٢٨٧] ولو امتنع المدعى عليه عن اليمين ، لم يسأله الحاكم عن سبب امتناعه •

فلو ذكر بنفسه عذرا من نظر[٩٨] في حساب ، أو سؤال وكيله ، أو غير ذلك من الاعذار السائغة ، وطلب الامهال [في اليمين][٩٩] قال الامام : لا يمهل أصلا •

[٢٨٨] واذا ظهر[١٠٠] امتناعه جعل ناكلا ، بخلاف المدعي ، اذا

---

(٩٥) س : لا تحسب •
(٩٦) لفظة (عليه) سقطت من س ب ومن المطبوعة •
(٩٧) اعيدت هنا في نسخة س العبارات السابقة فجاءت الجملة فيها على الوجه التالي : (ولو قال الحاكم : عليك تسليم ما ذكره ولا تسليم شيء منه •• الى آخره) •
(٩٨) في الاصل من نظر أو حساب ، وما اثبتناه عن س ب •
(٩٩) الزيادة من س •
(١٠٠) س : ولو ظهر •

طلب الامهال في اليمين المردودة ، للنظر في الحساب ، امهل ثلاثا ·

وقال الماوردي[(١٠١)] : يمهل المدعى عليه ما قل من الزمان ، ولا يمهل ثلاثا ·

وقال البغوي : لا يمهل المدعى عليه[(١٠٢)] الا برضا المدعي ·

وقيل يمهل المدعي عليه ثلاثا بخلاف المدعي ، فانه لا يضيق عليه في اليمين المردودة اذا طلب الامهال ، للنظر في الحساب ·

وقال الشيخ أبو اسحاق[(١٠٣)] : اذا امتنع المدعى عليه من اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه ، فان بدأ وقال : امتنعت لانظر في الحساب[(١٠٤)] امهل ثلاثا[(١٠٥)] لانها قريبة ولا يمهل أكثر منها ·

[النكـــول]

[٢٨٩] اما اذا لم يذكر سببا لامتناعه ، ولا طلب الامهال ، للنظر في الحساب ، ولا غيره ، واصر على امتناعه ، قال له الحاكم : اما ان تحلف ، والا جعلتك ناكلا ·

والمستحب ان يكرر عليه[(١٠٦)] ذلك ثلاثا ·

---

(١٠١) انظر أدب القاضي للماوردي : ٢/٣٥٣ الفقرة ٣٤٦٨ وقابل ذلك بما ذكره في ٢/٣٥٩ الفقرة ٣٤٩٩ ·
(١٠٢) س ب والمطبوعة : المدعى عليه لا يمهل الا برضا المدعي ·
(١٠٣) انظر المهذب ٢/٣٠٢ ، وقد سقطت هذه العبارة من س ·
(١٠٤) العبارة المبتدئة بقوله : (وقال الشيخ أبو اسحاق ··) المنتهية هنا سقطت من س ·
(١٠٥) س : ثلاثة أيام ·
(١٠٦) لفظة (عليه) سقطت من ب ·

فان حلف(١٠٧) والا جعله ناكلا ، بمعنى ان اليمين تصير بعد [النكول](١٠٨) والقضاء به ، في جانب المدعي حقا له ، حتى لو عاد المدعي عليه بذل اليمين بعد القضاء عليه بنكوله ، لم يحلف قولا واحدا ، لانها(١٠٩) صارت حقا للمدعي •

[٢٩٠] ومما يستحسن قبل القضاء على المدعى عليه بنكوله عن اليمين اعلام القاضي له(١١٠) ، انه يقضي عليه بنكوله كما ذكرناه ، ان تمادى على اصراره ، ممتنعا من اليمين •

فلو لم يعلمه القاضي بذلك ، وامتنع ، ولكن كان المدعى عليه لا يعلم ان امتناعه من اليمين مع القضاء بالنكول عليه ، يوجب رد اليمين الى جانب المدعى ، فهل من شرط القضاء عليه بنكوله اعلامه بموجبه أم لا(١١١) ؟ [٣٧/ب]

فيه احتمال ، ذكره الامام •

[٢٩١] والنكول يحصل بعد امتناع المدعى عليه من اليمين واصراره ، بقول القاضي : جعلتك ناكلا او قضيت عليك بالنكول •

[٢٩٢] ولو التفت الى المدعى ، واقبل عليه بوجهه هاما بتحليفه يمين الرد ، هل هو بمنزلة القضاء بالنكول ؟ فيه وجهان •

[٢٩٣] ولو قال له : قل بالله ، اعني للمدعي ، فهو قضاء بالنكول •

---

(١٠٧) في الاصل : فان اجاب •
(١٠٨) الزيادة من س ب •
(١٠٩) ب : الا انها •
(١١٠) لفظة (له) سقطت من س ب ومن المطبوعة •
(١١١) جاء في هامش الاصل هنا قوله : الاصح انه لا يشترط اعلامه •

[٢٩٤] ولو قال لـه(١١٢) : احلف بالله ، [أو احلف](١١٣) ، فهو كالقضاء بالنكول عند الامام •

وقـال البغوي : قوله : احلف كقوله : اتحلف ، فليس بنكول ، قال(١١٤) الامام [هذا] •

هذا كله اذا لم يصرح المدعى عليه بالنكول ، أو بالامتناع(١١٥) •

[٢٩٥] اما اذا قـال : نكلت عن اليمين ، أو أنا ناكل ، أو لست احلف ، فالذي أراه انه لا حاجة والحالة هذه الى قضاء القاضي بالنكول ، بل هو بمثابة اقرار المدعي عليه بالحق •

[٢٩٦] ولو جرى القضاء بنكول المدعى عليه ، وصيرورة اليمين في جنبة(١١٦) المدعى، فلو رضي المدعي بتحليف(١١٧) المدعىعليه بعد ذلك، وبذلها(١١٨) المدعى عليه ، هل يحلف ؟

فيه وجهان ، اظهرهما انه يحلف •

---

(١١٢) لفظة (له) سقطت من ب س والمطبوعة ٠
(١١٣) الزيادة من ب س ٠
(١١٤) في الاصل : وقال الامام : هذا كله اذا لم يصرح ٠٠ الى آخـر العبارة ، والتصحيح والزيادة من س ب ٠
(١١٥) في الاصل (الامتناع) وما اثبتناه عن ب س ، وما ذكره محقق المطبوعة من انها وردت كذلك في نسخة ب فليس بصحيح ، بل وردت فيها كما اثبتناه في المتن ٠
(١١٦) س : جانب ، وفي الاصل : في جهة ، وما اثبتناه عن ب ٠
(١١٧) س ب والمطبوعة : بحلف ٠
(١١٨) س : وتركها المدعى عليه ٠

[رد اليمين على المدعى]

[٢٩٧] ولو طلب المدعي احلاف المدعى عليه حيث صحت[١١٩] دعواه عليه ، فرد المدعى عليه اليمين على المدعى ، وطلب احلافه من غير ان جرى[١٢٠] امتناع ولا قضـاء بنكول ، صح ، وصارت اليمـين في جنبة[١٢١] المدعى أيضا لاحقا لازما له ، كما اذا قضي على المدعى عليه بالنكول ، فلو رام المدعى عليه احلافه[١٢٢] بعـد ذلك لم يجز ، لأن مصيرها في جنبة[١٢٣] المدعي حق لازم له ، فلا يجوز ابطالها[١٢٤] ، والله اعلم ·

القسم الثالث من[١٢٥] اجوبة المدعى عليه ، السكوت :

---

(١١٩) ب س والمطبوعة : حيث صحح ·

(١٢٠) (جرى) كذا في الاصل وفي س ب أيضا · وقد دونت في المطبوعة (يجرى) ·

(١٢١) س : جانب ·

(١٢٢) حذف محقق المطبوعة لفظة (احلافه) الواردة في الاصلين الذين اعتمدهما ووضع بدلها لفظة (الحلف) وقال ان لفظة (احلافه) خطأ ، وعلل ذلك بقوله : (لأن المقصود ان يطلب المدعى عليـه الحلف بنفسه وليس ان يطلب الحلف من المدعي) هـذا ما فاله وفاته ان الفقرة ابتدأت بقوله (ولو طلب المدعى احلاف المدعى عليه حيث صحت دعواه عليه فرد المدعى عليه اليمين على المدعى وطلب احلافه ··) الى آخره فلينظر ذلك · وما اثبتناه عن الاصل فضلا عن النسختين س ب ، هو الصواب ·

(١٢٣) س : جانب ·

(١٢٤) س : ابطالها عليه ·

(١٢٥) في الاصل وفي س : القسم الثالث في اجوبة المدعى عليه بالسكوت ، وما اثبتناه عن ب ·

[٢٩٨] واذا[١٢٦] ادعى[١٢٧] المدعي على المدعى عليه بحق صحيح ، دعوى صحيحة [محررة][١٢٨] وتعين على المدعى عليه الجواب فسكت ، ولم يقر ولم ينكر ، قال له الحاكم : اجب دعواه •

فان[١٢٩] أصر على السكوت قال له الحاكم : ان لم تجب ، والا جعلتك ناكلا ، واحلف المدعي على دعواه ، ويستحق عليك •

فان اصر على الامتناع والسكوت استحب ان يكرر الحاكم ذلك عليه ثلاثا ، فان تكلم بجواب ، والا حلف المدعي على استحقاق ما ادعى به على المدعى عليه • [٣٨/أ]

[فاذا حلف باحلاف الحاكم ثبت الحق على المدعى عليه][١٣٠] •

فقد حصل[١٣١] ان السكوت قريب [من][١٣٢] الانكار من المدعى عليه ، فانهما في الحكم المذكور سواء •

[٢٩٩] هذا تمام الكلام في الفصل الاول في الدعوى[١٣٣] وكيفيتها وشروطها[١٣٤] وجواب المدعى عليه وحكمه •

* * *

---

(١٢٦) س ب والمطبوعة : فاذا •
(١٢٧) س : فاذا ادعى على المدعى عليه •
(١٢٨) الزيادة من س ب •
(١٢٩) س ب : فاذا ، وفي المطبوعة : فاذ ، وما اثبتناه عن الاصل •
(١٣٠) الزيادة من س ب •
(١٣١) في الاصل : فقد جعل ، وما اثبتناه عن ب س •
(١٣٢) الزيادة من س ب •
(١٣٣) في الاصل : في الدعاوى •
(١٣٤) س : وشرطها •

الفصل الثاني

في يمين المدعي[1]

[٣٠٠] ومتى صارت اليمين في جنبته[2] ، اما بنكول المدعى عليه [بعد جوابه عن الدعوى بالانكار ، أو[3] بسكوته[4] ، أو بصريح رده اليمين على المدعي][5] كما تقدم تفصيله في الفصل الاول[6] فلا يخلو :

اما ان ينكل[7] عن اليمين •

أو يحلف[8] باحلاف الحاكم •

[نكول المدعي عن اليمين]

[٣٠١] فان نكل عنها ، سأله الحاكم عن سبب نكوله ولا يحكم بنكوله حتى يسأله عن سببه •

[٣٠٢] والفرق بينه وبين المدعى عليه ، حيث لم يسأله الحاكم عن سبب نكوله ، ان بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين

---

(١) ب : في يمين المدعى عليه ، وهو سهو وجاء في هامشها : لعله المدعى •
(٢) س : في جانبه •
(٣) ذكر محقق المطبوعة ان لفظة (أو) قد زادها من عنده ، وهي موجودة في الاصلين اللذين اعتمدهما •
(٤) س : سكوته •
(٥) الزيادة من ب س •
(٦) س ب : في الفصل قبله ، واضيفت لفظة (الاول) في هامش ب •
(٧) في الاصل وفي نسخة ب : اما ان حلف ، وما اثبتناه عن س •
(٨) في الاصل وفي نسخة ب : أو حلف ، وما اثبتناه عن س •

عليه ، فلم يجز للحاكم التعرض لاسقاطه ، بسؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعي لا يجب لغيره حق ، فجاز سؤاله عن سبب امتناعه ٠

[طلب المدعي الامهال في اليمين]

[٣٠٣] فان طلب الامهال في اليمين ، لينظر[٩] في حساب ، أو غيره[١٠] ، أو ليقيم بينة بذلك ، انظر ، ولا يضيق عليه في المدة ، ويترك[١١] ما ترك[١٢] ٠

[٣٠٤] والفرق بينه وبين المدعى عليه ، حيث قلنا : اذا طلب الامهال امهل ثلاثة أيام فقط ، ان بتأخير يمين المدعى عليه يتأخر حق المدعي من اليمين بخلاف عكسه ٠

[بذل المدعى اليمين بعد امتناعه]

[٣٠٥] ولو قال : امتنعت من اليمين ، لاني ما اخترت الحلف ، حكم بنكوله ، حتى لو عاد بذل اليمين ، لم يحلف في هذه الدعوى ، لأنه اسقط حقه منها ، فان عاد في مجلس آخر ، واستأنف الدعوى وانكر المدعى عليه ، ونكل عن اليمين ، أو سكت ، أو ردها على المدعي وطلب يمينه ، حلف حينئذ ٠

---

(٩) س ب والمطبوعة : لنظر ٠
(١٠) س : وغيره ٠
(١١) ب : وترك ٠
(١٢) ورد في حاشية الاصل عبارة (الاصح ان يضيق عليه في المدة ويمهل ثلاثة أيام) وهو سهو ، قال الماوردي : وان استمهل للنظر في حسابه امهل (أدب القاضي ٢/٣٥٧ الفقرة ٣٤٨٨) وقال أبو اسحاق : ويترك ما تارك (المهذب ٢/٣٠٢) ٠

[اقامة المدعي شاهدا واحدا ليحلف معه بعد نكوله عن يمين الرد]

* [٣٠٦] ولو نكل المدعى عن يمين الرد ، فاقام[١٣] شاهدا واحدا ، ليحلف معه ، هل يجوز احلافه مع شاهده ، والحالة هذه ؟

فيه قولان : قال الشيخ أبو اسحاق والبغوي[١٤] : الاصح له ذلك ، [ويحلف][١٥] لأن هذه اليمين مع الشاهد غير اليمين الاولى التي نكل عنها ، لاختلاف سببها ، لأن اليمين الاولى المردودة سببها نكول المدعي عليه ، واليمين الثانية سببها شهادة الشاهد[١٦] .

وذكر الشيخ أبو علي هذين القولين ، وعللهما بما ذكرناه ، ثم قال : والاصل في هذا ان كل من ثبتت اليمين في جنبته[١٧] في خصومة ، فنكل عنها ، هل له ان يحلف يمينا أخرى في ذلك[١٨] في تلك الخصومة ؟ [٣٨/ب] فيه قولان . قال : وعلى هذا لو ادعى على غيره مالا ، واقام شاهدا واحدا ، وابى ان يحلف مع شاهده وطلب احلاف المدعى عليه ، فلم يحلف ، هل للمدعي ان يحلف ؟ فيه قولان .

---

(١٣) س ب والمطبوعة : واقام .

(١٤) ذكر محقق المطبوعة ان عبارة النسخة ب كما يلي (أبو اسحاق البغوي) بسقوط الواو ، والصحيح ان العبارة فيها كما اثبتناه في المتن .

(١٥) الزيادة من س ب .

(١٦) انظر قول ابي اسحاق في المهذب ٣٠٢/٢ وهو الذي نص عليه المزني في المختصر ٢٥٥/٥ .

(١٧) س : جانبه .

(١٨) قوله : (في ذلك) ليس في ب س ولا في المطبوعة .

[يمين الرد بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة ؟]

[٣٠٧] اما اذا حلف المدعى يمين الرد ، وجب له الحق •

واختلف قول الشافعي رضي الله عنه في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه هل هي بمنزلة اقرار المدعى عليه ، أو بمنزلة بينة اقامها المدعى(١٩) ؟

فيه قولان ، والصحيح عند الجماعة كلهم ، انها بمنزلة الاقرار(٢٠) • وان جعلناها(٢١) كالبينة ، فالصحيح انها لا تجعل كالبينة في حق ثالث ، بل في حق المدعى عليه • وفيه وجه انها تعمل في حق ثالث •

[٣٠٨] وبنى الاصحاب على هـذا الخـلاف احكاما ، من جملتها [ما](٢٢) لو ادعى خارج على داخل(٢٣) عينا في يده ، انها ملكه ، فقال الداخل(٢٤) ليست لي ولا لك ، بل هي لزيد مثلا ، وكان زيد حاضرا ، فصدقه(٢٥) في الاقرار له ، سلمت العين الى زيد الحاضر ، وانتقلت الخصومة اليه •

---

(١٩) انظر كلام الشافعي في ذلك في الام ٦/٢٧٩ ، المختصر من كلام الشافعي ٥/٢٥٥ •

(٢٠) انظر رأي الشافعية في ذلك في المهذب ٢/٣٠٢ ، نهـاية المحتاج ٨/٣٣٧ مغني المحتاج ٤/٤٧٨ •

(٢١) في المطبوعة : جعلناه ، و (هو سهو) وما اثبتناه عن الاصل وعن س ب •

(٢٢) الزيادة من ب س •

(٢٣) س ب : خارجي على داخلي •

(٢٤) ب : الداخلي •

(٢٥) ب س والمطبوعة : وكان زيد حاضرا فاحضره الحاكم فصدقه •• بزيادة لا مبرر لها •

وهل للمدعي الخارج تحليف الداخل المقر لزيد ؟

ان قلنا : يغرم[٢٦] لو أقر له لحيلولته[٢٧] بالاقرار لزيد ، حلف[٢٨] .

وان قلنا : لا يغرم له ، لو أقر له ، لم يحلف[٢٩] .

فان قلنا : يحلف[٣٠] ، فطلب يمينه ، فنكل الداخل المقر عن اليمين ردت على الخارج المدعي ، فاذا حلف ، وقلنا[٣١] : [ان][٣٢] يمين الرد كالبينة ، قال [بعض][٣٣] الاصحاب : تنتزع[٣٤] العين من يد زيد المقر له بها ، وتسلم الى هذا الخارج الحالف ، لأن يمينه المردودة على هذا الغرض بمنزلة بينة اقامها بالملك له .

ولو اقام بينة انها ملكه ، سلمت اليه ، فكذا في يمين الرد ، اذا فرعنا على انها كالبينة المقامة .

ومن أصحابنا من قال - وهو الصحيح - ان العين لا تنتزع[٣٥] من يد زيد الحاضر المقر له بها ، بل يقتصر على وجوب القيمة للمدعي الخارج ، على المقر الداخل المدعى عليه أولا ، لأن اليمين المردودة

---

(٢٦) س والمطبوعة : نغرمه .
(٢٧) س : بحيلولة .
(٢٨) ب س والمطبوعة : حلفه .
(٢٩) ب س والمطبوعة : لم يحلفه .
(٣٠) ب س والمطبوعة : يحلفه .
(٣١) ب : فاذا حلف ان قلنا .. وفي س والمطبوعة فاذا حلف فان قلنا .
(٣٢) الزيادة من س ب .
(٣٣) الزيادة من س ب ، وسيرد ذكر بعضهم الآخر بعد قليل .
(٣٤) س ب والمطبوعة : تنزع .
(٣٥) س ب والمطبوعة : تنزع .

لا تجعل كالبينة الا في حق الراد المدعى عليه ، ولا يتعداه الى ثالث[٣٦] •

[٣٠٩] قال الامام : ثم فرع بعض المتكلفين[٣٧] من أصحابنا [على هـذا الوجه][٣٨] الضعيف شيئا يوجب بطلانه ، فقال : اذا استرددنا العـين من يد الثالث المقـر لـه وسلمناها الى المدعى الخـارج بيمينـه المردودة [٣٩/أ] تفريعا منـا على انهـا بمنزلة بينة اقامها ، فهـل لزيد هذا[٣٩] المقر له الذي اخذت العين من يده ان يغرم الداخل المقر أولا ، الناكل عن يمين المدعي قيمة العين ، قائلا له : لو حلفت يمينا صادقة بارة ما أخذ هذا المدعي العين مني ، فصار نكولك سببا لازالة يدي ؟

فيه وجهان ، اصحهما لا يغرم[٤٠] شيئا ، لانه يقول : لا يلزمني ان احلف لك ، وعلى ان لا أقر لغيرك اذا علمتك مستحقا •

[٣١٠] هذا ما ذكره الامام ، وعليه[٤١] بحث وهو ان لقائل ان يقول : اذا كان هذا المقر الداخل اولا يعلم[٤٢] استحقاق زيد المقر له لهذه العين المقر بها ، ويعلم عدم استحقاق المدعى لها ، فلا بعد[٤٣] في ان تجب عليه اليمين التي طلبها المدعي الظالم في زعمه واعتقاده ، منعا

---

(٣٦) س : ولا يتعدى الى ثالث •

(٣٧) في الاصل : المتكلمين ، وهو تصحيف •

(٣٨) الزيادة من س ب •

(٣٩) في الاصل وفي س ب : فهل لهذا زيد ، وما اثبتناه يقتضيه السياق وهو موافق لما في المطبوعة •

(٤٠) ب س والمطبوعة : يغرمه •

(٤١) في الاصل : وهو عليه بحث •

(٤٢) في الاصل : أو لا يتهم (وهو تصحيف) وفي س : أو لا يعلمه ، وما اثبتناه عن ب •

(٤٣) فلا بعد كذا في الاصل وفي ب س ، وقد جعلها محقق المطبوعة : (فلابد ان تجب) •

انه عن اخذها ، او اخذ قيمتها التي لا يستحقها ، وهي يمين صادقة ، لا ضرر عليه فيها ، مانعة للغير من الظلم ، واكل مال الباطل .

[٣١١] ومن جملتها ما لو قال : هذا الثوب الذي في يدي لاحد هذين الرجلين ، طولب بالتعيين ، فاذا عين واحدا تعين ، وهل للثاني تحليفه ؟ يبتني على انه لو أقر للثاني ، هل يغرم له قيمة الثوب(٤٤) ؟ فيه قولان :

فاذا قلنا : يغرم ، فله تحليفه .

وان قلنا : لا يغرم ، فالمذهب القطع بانه(٤٥) لا يحلف .

وابعد بعض الاصحاب فقال : اذا قلنا : ان يمين الرد بمنزلة البينة حلفناه ، فان نكل رددناها على الثاني ، فاذا حلف قضينا له بالثوب(٤٦) ، لأن على هذا القول : يمين الرد بمنزلة البينة المقامة .

قال الامام : وهذا غلط ، وذلك(٤٧) لأن يمين الرد بمنزلة البينة(٤٨) في حق الناكل لا في حق ثالث .

ثم فرع بعض الاصحاب على هذا الوجه الغلط فرعا بعيدا فقال : اذا أخذنا(٤٩) الثوب من المعين(٥٠) أولا ، وسلمناه الى من حلف

---

(٤٤) س : **قيمة العين** .
(٤٥) س : **انه** .
(٤٦) س : **بالعين** .
(٤٧) (وهذا غلط وذلك لأن) **كذا في الاصل وفي س ب ، وقد قرأها** محقق المطبوعة (وهذا غلط وزلل لأن ..) .
(٤٨) **في** ب والمطبوعة : لأن يمين الرد **كالبينة** .
(٤٩) س : **اخذنا العين** .
(٥٠) **س** والمطبوعة : من المقر **أولا** ..

يمين الرد ، فهل يغرمه الناكل الاول من جهة تسببه بنكوله الى أخذ الثوب[٥١] منه ؟ فيه طريقان ، وكل هذا خبط[٥٢] عظيم ، ومجاوزة حد ، وسببه تفريع على وجه بعيد •

[٣١٢] ومن جملتها ما لو كان بين اثنين عقد شركة في مال ، ومن جملة المال عبد بينهما ، فباع احدهما جميع العبد باذن شريكه بالف ، وتصادق الشريك الموكل[٥٣] والمشتري ، ان البائع قبض جميع الالف من المشتري [٣٩/ب] وانكر الوكيل القبض ، فاذا اختصم الموكل والبائع ، فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض فلو نكل البائع عن اليمين وحلف الموكل استحق نصيبه ، وهو خمسمائة على الوكيل ، ثم الوكيل هل يطالب المشتري بخمسمائة أخرى هي حصة نفسه ؟

المذهب : نعم ، ولا يسقط ذلك بنكوله عن اليمين ، وحلف الموكل•

وفيه وجه ، انا اذا قلنا : ان يمين الرد كالبينة سقطت مطالبته بحصته ، وتصير يمين الموكل المردودة كبينة اقامها على قبض الوكيل[٥٤] البائع جميع الثمن من المشتري ، تفريعا على ان يمين الرد كالبينة •

[٣١٣] ومن جملتها : ما اذا اذنت المرأة لوليين متساويين في تزويجها ، واذنت[٥٥] لكل واحد منهما ان يزوجها مطلقا ، ولم نعين زوجا ، وصححنا هذا الاذن ، فزوجها كل[٥٦] واحد من زوج ، فاذا

---

(٥١) س : اخذ العين منه •
(٥٢) س : خطأ عظيم •
(٥٣) س : وتصادقا الشريك والموكل والمشتري (كذا وهو سهو) •
(٥٤) س : الموكل (وهو تصحيف) •
(٥٥) ب : اذنت (بسقوط الواو) •
(٥٦) س ب والمطبوعة : فزوجها كل ولي من زوج •

ادعى كل واحد منهما على المرأة انه هو السابق في صورة الجهل بالسبق ، فان اقرت لاحدهما سلمت اليه ، وهل تحلف للآخر ؟

ان قلنا : تغرم له ، حلفت ، والا فلا •

فان قلنا : تغرم وحلفت ، فان حلفت سقطت دعوى[٥٧] الثاني ، وان نكلت ردت اليمين على الثاني ، فان حلف حصل مع الاول الاقرار[٥٨] ومع الثاني اليمين المردودة •

فان[٥٩] قلنا : انها كالبينة حكم بالنكاح الثاني ، لأن البينة مقدمة على الاقرار •

وان قلنا : انها بمنزلة الاقرار ، وهو الصحيح ، ففيه وجهان :
احدهما : يحكم ببطلان النكاحين ، لأن مع الاول اقرارا[٦٠] ، ومع الثاني ما يقوم مقام الاقرار ، فاستويا •

والثاني : انه يحكم بالنكاح للاول ، لأنه سبق الاقرار له ، فلا يبطل باقرار بعده •

[٣١٤] ومن جملتها : اذا نكل المدعى عليه عن اليمين بعد عرضها [عليه][٦١] وحلف المدعي ، فأراد المدعى عليه بعد ذلك ان يقيم شاهدين على ان الضيعة[٦٢] المدعى بها ملكه •

---

(٥٧) ب : الدعوى •
(٥٨) س ب والمطبوعة : اقرار •
(٥٩) في الاصل : وان •
(٦٠) في الاصل وفي نسخة ب : (اقرار) بالرفع وهو سهو ، وفي س : الاقرار •
(٦١) الزيادة من س ب •
(٦٢) س : الصيغة (وهو تصحيف) •

قال القاضي حسين في التعليقة[٦٣] : ينبني[٦٤] على ان يمين الرد كالبينة أو كالاقرار ، ان قلنا : كالبينة فله ذلك ، وان قلنا كالاقرار ، فلا ، كما لو اقر ثم اراد اقامة البينة .

وحكى البغوي هذه المسألة في فتاوى القاضي حسين ، وقال[٦٥] : تفكر القاضي في هذه المسألة اياما ، ثم قال : ان قلنا ان يمين الرد كالبينة[٦٦] سمعت ، وان قلنا كالاقرار لم تسمع ، قال البغوي : والذي عندي انها [٤٠/أ] تسمع . وان قلنا : ان يمين الرد كالاقرار ، لأنه ليس بصريح اقرار ، انما هو مجرد نكول ، فلا يجوز ان يجعل اقرارا بيمين المدعي ، واختار البغوى هذا المذهب في التهذيب .

[٣١٥] وأنا أقول : ما ذكره البغوي مختارا لنفسه بعيد ، والذي ذكره شيخه القاضي اصح ، بيانه : أن[٦٧] يمين الرد ما ذهب أحد الى انها صريح اقرار من المدعى عليه ، وانما جعلت على الاصح بمنزلة اقرار المدعى عليه ، بمعنى ان[٦٨] حكمها حكم الاقرار منه ، ومن حكم[٦٩] اقراره الصريح انه لا يسمع منه اقامة بينة على نقيضه ، فان قال : المشبه بالشيء اضعف من ذلك الشيء[٧٠] ، فهو كالاقرار في

---

(٦٣) ب س والمطبوعة : في التعليق ، وما اثبتناه عن الاصل وعن طبقات السبكي ٣٥٦/٤ رقم الترجمة ٣٩٣ ، وكشف الظنون ٤٢٤/١ ، ووفيات الاعيان ١٣٤/٢ رقم ١٨٣ .

(٦٤) والمطبوعة : يبتني .

(٦٥) ب والمطبوعة : فقال .

(٦٦) في المطبوعة : كالبنية وهو خطأ مطبعي .

(٦٧) س : بيانه هو ان .

(٦٨) ب : لأن .

(٦٩) س : ومن حكم الاقرار الصريح من المدعى عليه اقامة بينة .

(٧٠) ب : بالشيء .

بعض الاحكام دون بعض ، قلنا : لا نسلم اولا انها كالاقرار في بعض الاحكام ، بل في جميعها ، وان سلمنا ذلك ، ولكن لم قال : انهما افترقا في هذ. الحكم المعين وهو سماع البينة منه بعد تقدمها(٧١) .

[٣١٦] وانما يرد على القاضي في هذه المسألة ، ان من مذهبه الذي سنذكره عنه في موضعه ، وخالف فيه الشافعي وجميع الاصحاب ، واختاره مذهبا لنفسه ان(٧٢) من اقر بعين لزيد ، وسلمها اليه ، وتصرف فيها مدة ، ثم ادعى المقر على المقر لـه ان العين المقر بها ملكه مطلقا ، ولم يضف الملك الى سبب نقلها من هذا(٧٣) المقر له ، قال : تسمع دعواه وبينته بالملك المطلق .

والمذهب ضد هذا ، وان دعواه وبينته بالملك المطلق لا تسمع ، ما لم يضف الملك له الى سبب حصل من هذا المقر له ، نقل الملك اليه بعد اقراره الاول له ، من بيع أو هبة ، أو اقرار يظهر به الناقل المبهم .

اذا عرف ان مذهب القاضي ان الاقرار السابق لا يناقض البينة الشاهدة للمقر بنقيض اقراره ، فينبغي على مساق مذهبه وقياسه ان بينته تسمع ، اعني بينة المدعى عليه بعد نكوله عن اليمين ، وبعد حلف المدعي ، سواء قلنا انها كالبينة أو كالاقرار ، لانه اذا سمع بينة المقر بعد سبق اقراره الصريح فاولى ان يسمع(٧٤) بينته اذا نكل ، ونزلنا نكوله ويمين المدعي منزلة الاقرار .

---

(٧١) في الاصل : بعد تقديمها ، وفي س : بَعْدَ بُعْدٍ فيها ، وما اثبتناه عن ب .
(٧٢) ب : وان .
(٧٣) س : من يد المقر .
(٧٤) في الاصل وفي نسخة س : تسمع .

الفصل الثالث

في المسائل التي يتعذر فيها رد اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها

وهي [ست][1] .

المسألة [٤٠/أ] الاولى :

[في اخذ الزكاة من الاغنياء]

[٣١٧] اذا طلب الساعي الزكاة من رب المال ، فقال : قد اديتها ، أو قال : لم يحل الحول بعد ، أو قال : بعت[2] النصاب في أثناء الحول ، ثم اشتريته ، أو قال : هو[3] في يدي لذمي ، أو مكاتب ، فان اتهمه الساعي احلف ، واليمين مستحبة أو مستحقة ؟ فيه وجهان .

فان قلنا : انها مستحبة ، فان حلف خلي ، وان نكل خلي أيضا .

وان قلنا باستحقاقها ، فان حلف[4] ترك ، وان نكل ، قال الشيخ أبو علي : ان كانت القرية صغيرة ، وفقراؤها متعينون[5] ، وقلنا لا يجوز

---

(١) الزيادة من س ب ، وفي أدب القاضي لابن القاص خمس مسائل (الورقة ١٧/ب) .

(٢) س ب والمطبوعة : أو قال بعتها في أثناء الحول ثم اشتريتها .

(٣) س ب والمطبوعة : هي .

(٤) العبارة (وان نكل خلي أيضا وان قلنا باستحقاقها فان حلف) سقطت من س فجاءت العبارة فيها : فان حلف ترك وان نكل قال الشيخ أبو علي ..

(٥) س : معينون .

نقل الزكاة ترد اليمين عليهم ، وان كانت بلدة[٦] كبيرة يكثر المستحقون فيها ، ففيه أربعة اوجه[٧] .

احدها[*] : لا شيء عليه ، لأنا[٨] لو حكمنا عليه بالزكاة كان قضاء بالنكول المجرد ، ولا سبيل اليه عندنا ، وليس ههنا من يحلف يمين الرد .

والثاني : انه تؤخذ منه الزكاة ، وليس هذا قضاء بالنكول ، بل اخذت منه باقراره السابق ، لأن الظاهر ان الغنم[٩] له ولم يبعها ، فهو مقر في الحقيقة بالزكاة مدع سقوطها .

والثالث : وهو الاعدل الاصح ، انه ان اقر بوجوبها ثم ادعى ما يسقطها[١٠] لم تقبل دعواه ، وتؤخذ منه ، وان لم يقر بسبب الوجوب ، لم تؤخذ منه .

والرابع : انه يحبس حتى يقر أو يحلف .

وذكر الامام هذه الاوجه ، وضعف الحبس ، واختاره[١١] [الشيخ][١٢] ابو اسحاق في مسألة سنذكرها عقيب هذه المسألة[١٣] .

---

(٦) س : بلدا .
(٧) انظر الاوجه الاربعة في روضة الطالبين ١٢/٤٧ ـ ٤٨ .
(*) في المطبوعة : احدهما (وهو خطأ طباعي) .
(٨) ب س والمطبوعة : لأنه .
(٩) ب : ان المقيم (وهو تصحيف) .
(١٠) س : ما يسقط .
(١١) س ب والمطبوعة : واختار الشيخ أبو اسحاق الحبس في مسألة ..
(١٢) الزيادة من س ب .
(١٣) س : هذه المسألة يحلف .

المسألة الثانية[١٤]

(في موت المدعي ولا وارث له)

[٣١٨] اذا ادعى رجل على رجل دينا ، وانكر المدعى عليه ، فمات المدعي ، ولم يخلف وارثا غير المسلمين قال الشيخ أبو اسحاق[١٥] : فيه وجهان :

احدهما : يقضى عليه بالنكول للضرورة .

والثاني ، وهو المذهب : انه لا يقضى عليه بالنكول ، بل يحبس[١٦] حتى يحلف أو يقر .

وذكر الشيخ أبو علي هذه المسألة ، وذكر فيها هذين الوجهين ، ثم قال : ويجيء فيها الوجه الثالث الاظهر ، وهو انه لا شيء عليه أصلا ، لأنه ليس ههنا دلالة ظاهرة على ثبوت المال عليه .

وذكر الامام هـذه المسألة والوجهين فيها[١٧] ، واشار الى امكان تخريج الوجه الثالث ، وذكر ان شيخه أبا محمد كان يقول : يخليه[١٨] ، ولا يقضى عليه ، قال الامام : ولا حاصل لهذا .

---

(١٤) هذه المسألة لم يذكرها ابن القاص في أدب القاضي ضمن المسائل التي يتعذر رد اليمين فيها انظر الورقة ١٧/ب .

(١٥) انظر المسألة في المهذب لابي اسحاق ٣٠٢/٢ - ٣٠٣ ، وقد جاء في حاشية الاصل قوله : (هذا الذي صححه الشيخ أبو اسحاق هو المصحح في الروضة) وانظر الروضة للنووي ٤٩/١٢ .

(١٦) س : بالحبس .

(١٧) س ب : فيه .

(١٨) في الاصل : يحلفه (وهو تصحيف) وعبارة نسخة س : وذكر ان شيخه ابا محمد ما يقول : بحبسه .

المسألة الثالثة :

[في المطالبة بالجزية]

[٣١٩] اذا غاب ذمي في بعض السنة ، ثم عاد مسلما بعد تمام الحول ، [٤١/أ] فطولب بالجزية ، فقال : اسلمت قبل الحول ، فتسقط .

وهذه[19] المسألة مفرعة على سقوط الجزية بالاسلام في أثناء الحول ، على أحد القولين ، وفيه[20] ثلاثة اوجه :

احدها(*) : لا يؤخذ منه شيء أصلا .

والثاني : وهو الاظهر ، انها تؤخذ منه ، وليس هذا قضاء بالنكول ، بل الاصل اشتغال ذمته بها ، ما لم يظهر اسلامه .

والثالث : انه يحبس حتى يقر أو يحلف .

المسألة الرابعة :

[في دعوى الاسير الانبات بالدواء]

[٣٢٠] اذا اسرنا طائفة من أهل الحرب ، فوجدنا منهم من قال : لست ببالغ ، كشفنا عن[21] سوءته ، فان وجدناه انبت قتلناه .

---

(١٩) في الاصل : وهذه الجزية مفرعة على سقوط الجزية .. وهو سهو وما اثبتناه عن ب س .

(٢٠) ب س والمطبوعة : ففيه .

(*) في المطبوعة : احدهما وهو خطأ مطبعي .

(٢١) ب س والمطبوعة : مؤتزره .

فلو قال : داويت واستعجلت ، فان جعلنا الانبات عين[٢٢] البلوغ قتلناه ، وان جعلناه دلالة على البلوغ ، حلفناه على دعوى المعالجة ، فان حلف لم نقتله وان ابى نص الشافعي انه يقتل ، وهذا قضاء بالنكول .

هذا قول[٢٣] الامام ، ثم قال : [و][٢٤] في هذا النص وقفات ، منها : انه قد ادعى الصبا ، وتحليف من يدعيه متناقض[٢٥] ، لكن قال الشيخ ابو علي : عولنا في تحليفه على ظاهر الانبات ، مع انه مشكل مع هـذا .

وفيه وجه : انه يحبس حتى يتحقق بلوغه فيقتل ، او يتحقق صباه فلا يقتل . وهذا[٢٦] مشكل أيضا ، فيحتمل ان يقال : لا يقتل ، بل يدام عليه الحبس الى ان يحلف ، أو يقر بأنه لم يستعجل ، فيقتل .

هذا ما ذكره الامام .

وقال الشيخ أبو علي في شرحه : اذا قال : استعجلت ، ونكل عن اليمين ، فيه وجهان : احدهما : لا يقتــل حتى يتحقق بلوغه ، والثاني وهــو المنصوص : انــه يقتل ، وليس هــو قضاء بالنكول ، بل [الظاهر ان][٢٧] الانبات حصل بنفسه ، من غير علاج ، فدعواه العلاج غير[٢٨] الظاهر ، فيقتل .

---

(٢٢) س : عن البلوغ .
(٢٣) س : هذا الى الامام .
(٢٤) الزيادة من س ب .
(٢٥) س : مناقض .
(٢٦) ب والمطبوعة : وهو .
(٢٧) الزيادة من س وقد سقطت من الاصل ومن نسخة ب .
(٢٨) س والمطبوعة : خلاف الظاهر .

المسألة الخامسة :

[في دعوى الصبي سهم المقاتلة]

[٣٢١] لو طلب صبي من صبيان المرتزقة سهما من سهم المقاتلة ، وذكر انه احتلم ، فالقول قوله ، فيحلف ويأخذ ، وان[29] نكل حكم عليه بالنكول ، ولم يعط السهم ، قاله صاحب التلخيص[30] .

وقال الشيخ ابو زيد[31] وغيره : اذا احتمل دعواه الاحتلام ، قبل قوله من غير يمين ، واعطى سهم المقاتلة .

ومن الاصحاب من وافق التلخيص ، وقال : لا يقبل قوله من غير يمين .

---

(٢٩) ب والمطبوعة : فان .
(٣٠) صاحب التلخيص هو أحمد بن أبي أحمد ، أ بو العباس ، المعروف بابن القاص الطبري . وقد مرت ترجمته ، ولم أجد هذه المسألة في كتابه أدب القاضي في باب تفريع مسائل النكول ورد اليمين في الورقة ١٨/أ ــ ١٨/ب ، ولعله ذكره في كتابه التلخيص اذ عبارة المؤلف تشعر بذلك .
(٣١) الشيخ ابو زيد : وهو محمد بن أحمد بن عبدالله بن محمد الفاشاني أبو زيد المروزي ، أحد الفقهاء الشافعيين الحافظين واحسنهم نظرا ، وازهدهم في الدنيا ، منسوبا الى فاشان قرية من قرى مرو ، وقد جاور بمكة على علو السن مدة ثم رجع الى مرو وتوفي فيها سنة ٣٧١هـ انظر طبقات السبكي ٣/٧١ رقم ١١٠ ، تبيين كذب المفتري ١٨٨ ، وفيه انه استفاد من أبي الحسن الاشعري شذرات الذهب ٣/٧٦ ، طبقات الشيرازي ٩٤ ، طبقات العبادي ٩٣ ، العبر ٢/٣٦٠ ، وفيات الاعيان ٤/٢٠٨ رقم ٥٨١ ، وانظر بعض المسائل عنه في كتاب الاشراف على غوامض الحكومات الورقة ٢٧/أ ، وروضة الحكام : الورقة ٢٦/ب .

فعلى هـذا ان حلف اخذ ، وان نكل ففيه[٣٢] وجهان : احدهما يعطى السهم والثاني لا يعطى • [٤١/ب]

المسألة السادسة :

[في بيع الولي مال الطفل]

[٣٢٢] الولي اذا باع مال الطفل في موضع يجوز له بيعه ، ثم وقع نزاع بينـه وبين المشتري في قـدر الثمن ، أو صفته ، او اجله ، هـل يتحالفان ؟ فيه وجهان :

فان قلنا : لا يتحالفان ، فلا كلام •

وان قلنا : يتحالفان ، فسببه انه امر يتعلق بانشاء الولي واقراره مقبول فيه •

[٣٢٣] فلو ادعى الولي على انسان حقا لا يتعلق بانشائه ، كالاتلاف شيء من مال الصبي ، فانكر المدعى عليه ، فطلب[٣٣] يمينه ، فنكل ، هل يحلف الولي ؟

المذهب انه لا يحلف ، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول ، بل يؤخر الامر الى بلوغ الصبي ليحلف[٣٤] أو ينكل •

وقال بعض أصحابنا تفريعا على هذا المذهب : اذا كان الولي لا يحلف او نكل المدعى عليه ، فلا معنى لعرض اليمين على المدعى عليـه

---

(٣٢) ب س والمطبوعة : فيه •
(٣٣) س : وطلب •
(٣٤) س : فيحلف •

الآن ، لانه لا يعجز[٣٥] عن النكول ، بل يؤخر عرض اليمين بالكلية الى بلوغ الصبي •

والاصح ان للولي عرض اليمين على المدعى عليه ، وان[٣٦] قلنا لا يحلف الولي لو نكل المدعى عليه ، وفائدة عرضها عليه[٣٧] رجاء افراره خوفا من اليمين •

وذهب بعض أصحابنا الى ان اليمين ترد على الولي اذا نكل المدعى عليه بالاتلاف ، فيحلف الولي ويأخذ الصبي •

وهذا الوجه بعيد ، لكنا نذكر هذه الوجوه لغرابتها ، وحسنها ، وليعلم[٣٨] ان المسألة من المجتهدات •

فهذا ما ذكره الامام في مواضع ، من جملتها الاختلاف بين الزوجين في الصداق ، فيلزم على مساق هذا الوجه ان الولي لو أقام شاهدا واحدا بحق مالي للصبي انه يحلف مع الشاهد ، ولكن لا صائر اليه فيما علمته[٣٩] •

وسببه ان يمين الرد بمنزلة اقرار المدعى [عليه][٤٠] فكأنه[٤١] لما نكل ورد اليمين اقر بالحق ، فظهر ، فقوى جانب الولي ، فيحلف ، بخلاف اليمين مع الشاهد ، وفيه احتمال مع ذلك ، والعلم عند الله تعالى •

---

(٣٥) س : لئلا يعجز •
(٣٦) ب : فان ، وفي حاشيتها كتب مصححها : لعله وان •
(٣٧) س : وفائدة عرضها عليه ان جاز رجاء اقراره •
(٣٨) في الاصل : فعلم •
(٣٩) ب س والمطبوعة : فيما اعلمه •
(٤٠) الزيادة من س ب ، وفي نسخة س زيادة هي قوله بعدها : على أحد القولين ، ولم ترد هذه الزيادة في الاصل ولا في ب •
(٤١) س : فكان •

الفصل آلرابع

في قاعدة اليمين على البت ، وعلى النفي ، والتحالف بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في يديهما وحكـم تحالف المتبايعين [٤٢/أ] وفي كيفية اليمـين وألفاظها وتغليظها

النظر الاول

في قاعدة يمين النفي والبت

[٣٢٤] فكل(١) من حلف على فعل نفسه حلف على البت نفيا كان أو اثباتا ، ومن نفى(٢) فعل الغير فاليمين(٣) على نفي العلم .

[٣٢٥] مثال الاول ظاهـر ، اما في طـرف الاثبات فيحلف على الاستحقاق مثلا ، أو على نفيه بتا في الطرفين ، فيقول : والله لقد بعتك داري ، أو لقد اشتريت دارك ، والله لقد اقرضتك الفا ، أو لقد اقترضت مني الفا ، أو قد(٤) باعك أبي داره ، أو لقد(٥) اشتريت من أبي داره ،

---

(١) س ب والمطبوعة : وكل .

(٢) س ب والمطبوعة : ومن ينفي .

(٣) (فاليمين) كذا في الاصول الثلاثة ، وقد وضع محقق المطبوعة بدلها كلمة (حلف) وحصرها بين معكوفتين اشـارة الى زيادتهـا وعلق عليها في الهامش بقوله : (الكلمة من عندي بحسب مقتضى السياق وفي الاصل مكانها : فاليمين وكذا في النسخة الاخرى) ، ولا حاجة لكل ذلك فان لفظة الاصل دالة على المراد .

(٤) ب : لقد ، س : ولقد ، وفي المطبوعة : او لقد ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٥) س : او لقد اشترى ابي دارك .

[أو][6] لقد اقرضك أبي درهما ، أو لقد اقترضت من أبي درهما .
[هذا في الاثبات][7] .

ويقول في النفي : والله مالك علي هـذا الالف ، ولا شيء منهـا بوجه ، ولا سبب .

وقوله : ولا شيء منها واجب[8] .

وقوله : بوجه ولا سبب مستحب ، فان تركه جاز .

ولو قال : والله لا يستحق علي شيئا كفى واجزأ[9] ، ولا نلزمه الزيادة عليه .

[٣٢٦] ومثـال الثاني : ان يدعي مدع على أبيـه مالا ، فيحلف الوارث بالله لا يعلم ذلك على ابيه .

وفي ذلك مسـائل متفق عليهـا ، ومسـائل[10] مختلف فيهـا ، نسردها[11] مسألة مسألة[12] ، ليسهل تناولها ان شاء الله تعالى .

---

(٦) الزيادة من س .
(٧) الزيادة من س ب .
(٨) ب : واجب قوله وقوله .
(٩) في المطبوعة : واجزى ، وهو بمعناه .
(١٠) قوله : (ومسائل) ليس في س ب والمطبوعة .
(١١) س : نوردها .
(١٢) (مسألة مسألة) كذا وقد علق محقق المطبوعة هنا على هذه اللفظة بقوله كتب في الاصل بين السطرين كما في الاصل) ولا وجود لهذا الكلام في الاصل الذي اعتمده وهو نسخة ب عندنا .

المسألة الاولى

[الحلف على جناية عبده]

[٣٢٧] اذا ادعى مدع على عبد الغير جناية ، وافضى الحال الى يمين السيد ، ففيه وجهان :

احدهما : يحلف على نفي العلم ، لأنه ينفي بيمينه جناية عبده ، وهذا غيب لا يطلع[١٣] عليه ، فصار كنفي فعل الغير •

والثاني انه يحلف على البت ، لأن فعل عبده بمثابة فعله ، ويغلب[١٤] اطلاعه على أفعال عبده •

وبنى الاصحاب هذا الخلاف على ان الارش يتعلق بذمة العبد ، أو برقبته ، فان قلنا : يتعلق بذمته ، فهو المستقل بالالتزام ، والرقبة مرتهنة فيحلف السيد والحالة هذه على نفي العلم ، وان قلنا : ان الارش يتعلق برقبته ، فالعبد على هذا يده[١٥] كيد السيد ، فيحلف السيد على البت •

[٣٢٨] ولو اتلفت بهيمة[١٦] زرع انسان ، أو ماله ، على وجه يقتضي وجوب الضمان على مالكها ، فاذا آل[١٧] الامر الى اليمين ، فيحلف على البت قطعا ، اذ لا ذمة للبهيمة بحال الارش عليها ، بخلاف العبد •

(١٣) س : ولا عيب يطلع عليه (كذا) •
(١٤) س : ويغلب على الظن اطلاعه على أفعال عبده ، وقد ورد في حاشية الاصل قوله : الثاني أصح ، وهو ان يحلف على البت •
(١٥) ب س والمطبوعة : ويده (بزيادة واو) وهو سهو لأن الجملة تبقى ناقصة وما اثبتناه عن الاصل •
(١٦) س : بهيمته مال انسان أو زرعه •
(١٧) س : فادى الامر •

المسألة الثانية :

[دعوى الدين على الاب]

[**٣٢٩**] قال القاضي[١٨] أبو الطيب الطبري : اذا ادعى رجل على رجل ان له [٤٢/ب] على ابيه شيئا[١٩] ، فصحة دعواه موقوفة[٢٠] على ثلاثة شروط : دعوى موت الاب ، و [تعيين الدين ووصفه ، ودعوى][٢١] انه خلف تركة فيها وفاء الدين .

فاذا حرر دعواه بهذه الشرائط ، وطلب يمين الابن المدعى عليه بعد انكاره ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل ان اباه لم يمت ، وانه لم يخلف تركة وانها تقصر عن الدين .

[**٣٣٠**] فاذا أراد ان يحلف ان اباه ما مات ، قال القاضي أبو الطيب : الذي يجيء على مذهب أصحابنا : انه يحلف على نفي العلم ، لانه نفي لفعل غيره ، فيحلف بالله[٢٢] لا يعلم موت أبيه .

وقال أبو العباس بن القاص[٢٣] : يحلف [بالله][٢٤] ان اباه ما مات على البت والقطع .

قال : ولم يذكر[٢٥] تعليلا ، وتعليله ظاهر[٢٦] ، انه يمكنه

---

(١٨) في نسخة س والمطبوعة : قال القاضي حسين وابو الطيب الطبري .
(١٩) ب س والمطبوعة : ان له على أبيه مالا .
(٢٠) س : متوقفة .
(٢١) الزيادة من س ب .
(٢٢) س : فيحلف بالله انه لا يعلم .
(٢٣) انظر هذه المسألة في كتابه أدب القاضي الورقة ١٤/ب .
(٢٤) الزيادة من ب س .
(٢٥) س : ولم يذكر له تعليلا ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة .
(٢٦) س ب والمطبوعة : وتعليله ظاهر وهو انه .

الاحاطة به ، كأن[٢٧] يكون عنده في داره ، فيعلم موته يقينا ٠

قال : والمذهب انه يحلف على نفي العلم ٠

قال : ولو حلف على التركة ، قال ابن القاص[٢٨] : يحلف بالله ، ما وصل اليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لحقه ، ولا شيء منه ، ولا يحلف انه ما خلف أبوه شيئا ، لأنه وان خلف شيئا ولم يحصل في يده[٢٩] منه شيء لا يلزمه القضاء[٣٠] ، وانما يلزمه قضاء دين أبيه اذا وصل اليه شيء من تركته ٠

هذا ما ذكره القاضي أبو الطيب ٠

وقال الهروي[٣١] ، انه اذا ادعى [على][٣٢] وارث ميت دينا على الميت ، فانكر الوارث[٣٣] موت الأب حلف على البت عندنا ، وعند أبي حنيفة[٣٤] يحلف على نفي العلم ، وقال أبو زيد المروزي[٣٥] :

---

(٢٧) س ب والمطبوعة : لأنه قد يكون عنده ٠
(٢٨) انظر أدب القاضي لابن القاص الورقة ١٤/ب ٠
(٢٩) س : في يده شيء منه ٠
(٣٠) س : لا يلزمه قضاء دين ابيه الا اذا وصل اليه شيء من تركته ٠
(٣١) انظر الاشراف في أدب القضاء وغوامض الحكومات للهروي الورقة ٢٧/أ ٠
(٣٢) الزيادة من س ب ٠
(٣٣) س : وارث الميت ٠
(٣٤) في الاشراف : وعند أبي حنيفة على العلم ٠٠ وبشأن هذه المسألة عند الحنفية انظر فتح القدير ١٨٠/٦ ، رد المحتار ٥٥٢/٥ ، درر الحكام ٣٣٨/٢ ٠
(٣٥) قول الفقيه ابي زيد المروزي تجده في الاشراف للهروي الورقة ٢٧/أ والكلام ما يزال للهروي ٠

ان مات[٣٦] حاضرا حلف على البت ، وان مات[٣٧] غائبا حلف على نفي العلم[٣٨] .

قلت انا : ذكر القاضي أبو الطيب هـذه الشروط [الثلاثة][٣٩] واهمل شرطا لابد منه [رابعا][٤٠] وهو دعواه ان في يد[٤١] هـذا الوارث المدعى عليه من تركة الميت ما يفي بالدين ، واشتراط هذا ظاهر .

المسألة الثالثة :

[يمين وكيل البائع]

[٣٣١] اذا نصب البائع وكيلا بقبض الثمن ، وتسليم المبيع ، فقال المشتري لهذا الوكيل : موكلك سلم المبيع اليّ ، وابطل حق الحبس ، وانت تعلم .

قال ابن القاص[٤٢] : فيه قولان .

---

(٣٦) في الاصل : ان كان ، وما اثبتناه عن ب س وعن الاشراف الورقة ٢٧/أ .

(٣٧) في الاصل : وان كان غائبا ، وما اثبتناه عن س ب وعن الاشراف الورقة ٢٧/أ .

(٣٨) س : على نفي العلم والبت اما ما ذكره .. وفي الاشراف : وان مات غائبا على العلم قال القاضي أبو سعد قوله يحلف على البت على موت أبيه مذهب غريب (الاشراف الورقة ٢٧/أ) .

(٣٩) الزيادة من س ب .

(٤٠) الزيادة من س ب .

(٤١) س : في يد وارث الميت .

(٤٢) انظر رأي ابن القاص في كتابه أدب القضاء الورقة ١٥/أ ، ولم يذكر فيه ابا زيد المروزي لأن ابن القاص توفي قبل أبي زيد ، وعليه فتكون العبارة : (وهو اختيار ابي زيد المروزي) الآتية : هي من قول المؤلف

احدهما : يحلف على نفي العلم •

والثاني : وهو اختيار أبي زيد المروزي[٤٣] : انه يحلف على البت ، لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع •

المسألة الرابعة :

[اليمين على الطلاق]

[٣٣٢] اذا ابهم طلاقا بين نسوة ، وكان قد نوى واحدة ، فادعت منهن واحدة انه ارادها ، وانكر ، فيحلف على البت •

[٣٣٣] ولو طلق واحدة معينة منهن ، ثم نسي ، [٤٣/أ] فادعت واحدة منهن انه طلقها فلا يقبل قوله : انه نسي ، بل عليه الحلف على البت ، انه ما طلقها ، فان نكل حلفت على البت[٤٤] وحكم لها •

[٣٣٤] وفي مسألة التعليق على الغراب ، اذا قالت واحدة منهن : ان كان هذا الطائر[٤٥] غرابا فانا طالق ، وانكر الزوج ، فعليه ان يحلف على البت ، انه لم يكن غرابا ، أو ينكل حتى تحلف الزوجة على البت ، انه[٤٦] كان غرابا •

[٣٣٥] ولو علق على دخولها ، أو دخول غيرها ، فتنازعا ، اكتفي منه بيمين واحدة ، على نفي العلم بالدخول •

لا من قول ابن القاص ولعل المؤلف نقل ذلك من كتاب الاشراف الورقة ٢٧/أ فان الجملة بعينها فيه بتأخير قوله (وهو اختيار ابن زيد المروزي) على قوله (يحلف على البت) •

(٤٣) انظر رأي أبي زيد المروزي في الاشراف الورقة ٢٧/أ •

(٤٤) في الاصل : حلف وما اثبتناه عن س ب •

(٤٥) ب س والمطبوعة : ان كان الطائر (بحذف لفظة : هذا) •

(٤٦) س : انه غراب •

ذكر هذا الامام •

[٣٣٦] وقال الغزالي ، لما حكى هذا عن الامام ، قال : هكذا حكاه امامي ، قال[٤٧] : وليس يتبين لي فرق بينهما أصلا ، بل ينبغي ان يكون عليه يمين جازمة في الصورتين ، أو نكول[٤٨] في المسألتين جميعا •

قلت انا : هكـذا قاله الغزالي في الوسيط ، ومن العجيب يوجـه العجز[٤٩] عن الفرق بين المسألتين ، وعندي : ان الفرق بينهما ظاهر جدا ، وذلك لأن تعليق الطلاق على دخول زيد الدار تعليق على فعـل متجدد[٥٠] من زيد قطعا ، فيحلف يمينا نافية على نفي العلم [لأن كل من حلف على فعل غيره هل[٥١] وجد الفعل من ذلك الغير أو لا حلف على نفي العلم][٥٢] به •

اما تعليق الطلاق على كون هذا الطائر المشار اليه [الذي وجـد طيرانه][٥٣] غرابا ، فليس تعليقا على فعل الغير ، بل تعليقا على كون هذا الطائر المشاهد موصوفا بصفة كونه غرابا ، واذا لم يكن تعليقا على فعل الغير ووجوده ، بل على تحقق[٥٤] كونه غرابا ، حلف من ينفي وجود الصفة الحقيقية على البت ، بأن هذه الصفة لم توجد ، لانه ليس ينفي فعل غيره •

---

(٤٧) س والمطبوعة : وقال •
(٤٨) س : أو يكون (وهو تصحيف) •
(٤٩) في الاصل : بالعجز وما اثبتناه عن ب س •
(٥٠) س : متحد •
(٥١) س : هل وجد ذلك من غيره أو لا •
(٥٢) الزيادة من س ب •
(٥٣) الزيادة من س ب •
(٥٤) س ب والمطبوعة : على تحقق حقيقة كونه غرابا •

وايضاح هذا الفرق عدم الموازنة بين المسألتين ، ومتى اتحدتا اتحد الحكم في صفة اليمين فيهما ، فوزان قوله : ان كان هذا الطائر غرابا فانت طالق ، بعد مشاهدة طيرانه ، والجهل بحقيقته ، هل هو غراب ، أو حمام مثلا ، قوله : و [قد][55] تحقق دخول رجل الى الدار ، ووجوده[56] فيها ، وجهل من هو ، هل هو زيد أو عمرو ؟ فقال : ان كان هذا الرجل الكائن في الدار زيدا فأنت طالق ، ثم فقد الرجل ، وجهل من كان ، واختلفا ، فان النافي لكونه كان زيدا بخصوصيته يحلف على البت ، كنظيره في مسألة الغراب .

ووزانه في مسألة الغراب ان يعرف طائرا حقيقته انه غراب ، وهو غير طائر ، بل واقف ، فقال : ان طار هذا الطائر الغراب المشار اليه فأنت طالق ، ثم فقد الطائر واختلفا ، هل طار ذلك الطائر المشار اليه [43/ب] المحلوف على طيرانه ، أو مات مثلا ، ولم يطر[57] بعد اليمين ، فان النافي لطيرانه يحلف على نفي العلم قطعا .

فظهر بما ذكرناه الفرق الذي اردناه بين المسألتين[58] .

* * *

---

(55) الزيادة من س ب .
(56) في الاصل : ووجد .
(57) س : ولم يظهر .
(58) س ب : بين المسألتين المسطورتين .

النظر الثاني

في كيفية التحالف بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في يدهما

[متى يكون التحالف ومتى لا يكون]

[٣٣٧] اما المتبايعان ، فاذا اختلفا في قدر الثمن تحالفا قولا واحدا • وكذلك اذا اختلفا في الشروط التي يقبلها العقد[١] ، كالاجل والكفيل والرهن ، وكذلك[٢] اذا قال : بعتك هذه[٣] العين بألف دينار ، فقال : بل بألف درهم ، فيتحالفان[٤] ولو قال : بعتني هذا العبد بألف معينه[٥] هي هذه ، فقال : بل بعتك هذه الجارية بالالف[٦] المعينة ، تحالفا قولا واحدا •

[٣٣٨] اما اذا قال له : بعتك هذا العبد بألف درهم في ذمتك ، فقال : بل بعتني هذه الجارية بألف درهم في ذمتي ، فهل يتحالفان ؟ فيه وجهان •

[٣٣٩] ولو قال : بعتك هذه الدار بألف ، فقال ، بل وهبتيها ،

---

(١) ب : العقل ، وهو تصحيف •
(٢) س ب والمطبوعة : وكذا •
(٣) ب : هذا •
(٤) في الاصل وفي نسخة ب : يتحالفان •
(٥) في الاصل : بألف معين وهي هذا •
(٦) في الاصل : بالالف المعين ، وفي ب س : بالالف درهم المعينة ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة •

فالمذهب انه ليس من صور التحالف ، بل تفصل الخصومة بطريقها[٧] •
وفيه وجه حكاه الامام وغيره من المراوزة انهما يتحالفان ، وفي طريقة[٨] العراق : لا خلاف في انهما في هذه المسألة لا يتحالفان[٩] •

[٣٤٠] واما الخيار المكاني والزماني ، فقال القاضي حسين : لا يجرى فيه تحالف ، لقدرة كل واحد [منهما][١٠] على الفسخ •

قال الامام : وهو غير سديد ، لأن التحالف ليس موضوعا للفسخ ، لكن ليخاف[١١] واحد منهما ، فيرجع ، ويثبت العقد بيمين الصادق منهما • قال : ولهذا[١٢] اجرى التحالف في القراض والجعالة مع تمكن كل واحد من فسخه ، لأن حكمة التحالف ترقب[١٣] خوف احدهما ورجوعه ، فيثبت العقد الجائز بيمين الآخر الصادق ويستمر على الصحة • نعم ، اذا جرى التحالف بينهما[١٤] ، ولم ينكف احدهما عن اليمين ، وقع التفاسخ ضروريا رآه الشرع بعد جريان التحالف •

---

(٧) انظر مغني المحتاج ٢/٩٧ ، نهاية المحتاج ٤/١٦٧ •
(٨) في الاصل : وفي طريقة الغراب ولا خلاف •• وما اثبتناه عن ب س •
(٩) ب : لا يتحالفا ، وفي س : وفيها انهما لا يتحالفان •
(١٠) الزيادة من س •
(١١) في المطبوعة : (ليحالف كل واحد منهما) ثم علق محققها على لفظة (كل) بقوله : (اللفظ من عندي لتقدير صحة الكلام وليس موجودا في نسخة الاصل) وذلك سهو منه ، لأن التحالف وضع ليخاف واحد منهما هو الكاذب فيرجع ••• انظر نهاية المحتاج ٤/١٦١ وسيذكر المؤلف بعد سطرين ان حكمة التحالف ترقب خوف احدهما ورجوعه •• فلينظر •
(١٢) س ب والمطبوعة : جرى •
(١٣) س : لأن حكم التحالف يرتب •
(١٤) ب س والمطبوعة : منهما •

ثم قال [الامام][15] بعد هذا : ومساق هـذا الكلام يقتضي ان تحالف المتعارضين[16] لا يجرى قبل الشروع في شيء من العمل[17] ، اذ لا معنى له ، بل يمكن ان يقال[18] : نجعل نفس تناكرهما تفاسخا • ولهذا نظائر ، من جملتها نص الشافعي رضي الله عنه على ان دعوى [٤٤/أ] الرجعة من الزوج رجعة ، نعم ، ان عمل عامل القراض شيئا عاد النزاع الى مقصود آخر ، وهو اجرة مثله •

قلت : ولهذا تتمة ليس من غرضنا تحقيقها ، فان الغرض ههنا ذكر كيفية التحالف ، والرمز[19] الى أصل المسألة •

وهكذا نجري التحالف في اختلاف المستأجرين[20] والمتساقيين ، وفي الكتابة والصداق كنظيره في البيع •

[كيفية التحالف]

[٣٤١] اذا عرفت[21] هـذا فالنظـر الآن في كيفيـة التحالف ،

---

(١٥) الزيادة من س •
(١٦) س : المتقارضين •
(١٧) س : من العلم •
(١٨) ب س والمطبوعة : ان يقول •
(١٩) ب : والزمن (وهو تصحيف) وفي س : فان الغرض بنا ههنا الزم الى أصل المسألة ، وفي المطبوعة : فان الغرض ههنا ذكـر كيفيـة التحالف ، والعودة الى أصل المسألة ، وحصر المحقق كلمة العودة بين معكوفتين وقال : الكلمة من عندي وما اثبتناه هنا عن الاصل هو الصواب •
(٢٠) ب والمطبوعة : المتاجرين والمتسابقين (وهو تصحيف) وما اثبتناه عن الاصل وعن س •
(٢١) س : عرف •

والمنصوص في البيع ان البداءة بالبائع ، وكذلك في السلم بالمسلم اليه ، وفي الكتابة بالسيد ، وهو بائع أيضا •

ونص في النكاح على البداءة بالزوج(٢٢) ، وهو في رتبة(٢٣) المشتري •

فمن الاصحاب من قال : في الكل قولان • ومنهم من فرق ، ومنهم من قال : يقرع الحاكم بينهما ، ومنهم من قال : يتخير(٢٤) الحاكم ما شاء من ذلك •

[صورة اليمين]

[٣٤٢] وصورة اليمين ان يجمع البائع بين النفي والاثبات بيمين واحدة ، يبدأ فيها بالنفي ، فيقول : والله ما بعته بخمسمائة ، ولقد بعته بألف ، ويقول المشتري : والله ما اشتريته بألف ، ولقد اشتريته بخمسمائة •

وقال أبو سعيد الاصطخرى(٢٥) : تجب البداءة بالاثبات في الطرفين والأول أصح •

[٣٤٣] هذا أحد القولين ، وهو المنصوص ، وفيه قول انه لا يجمع في يمين واحدة بين النفي والاثبات ، بل يحلف البائع على النفي فقط ،

---

(٢٢) ب : بالبائع (وهو سهو) وفي س : بالمشتري (وهو سهو أيضا) وفي هامش ب : بالمتزوج ، وهو ما اختاره محقق المطبوعة وما اثبتناه عن الاصل •

(٢٣) س ب والمطبوعة : مرتبة •

(٢٤) س : يجيز القاضي ما شاء منهما • وانظر بشأن هذه المسألة مغني المحتاج ٩٦/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٢/٤ •

(٢٥) قول أبي سعيد الاصطخري تجده في كتاب الاشراف الورقة ٤٥/ب •

ثم يحلف المشتري على النفي[٢٦] ، ثم يحلف البائع على الاثبات ، ثم يحلف المشتري على الاثبات •

وهـذا قول ، مع بعده ، مخرج من نص الشافعي[٢٧] على ما لو تنازع رجلان في دار هي في يدهما[٢٨] ، ادعى كل واحد ان جميعها له ، فقال : يحلف احدهما أولا على النفي في النصف الذي في يده ، ولا يجمع في يمينه بين النفي والاثبات •

فمن الاصحاب من قال : في هذه المسألة أيضا قولان كمسألة البيع ، وذكر[٢٩] في كلتـا المسألتين قولين ، ومنهم من فرق بينهمـا بفـروق مشهورة التفريع •

[٣٤٤] ان قلنا : يجمع ، فحلف البائع على النفي والاثبات ، ثم حلف المشتري على النفي فقط ، ونكل عن الاثبات ، قضي[٣٠] عليـه بيمين البائع • وسببه ان النفي والاثبات [لما جمعا[٣١] على هذا القول ، واتصل النفي بالاثبات][٣٢] صارت كيمين واحدة ، فجعل النكول عن البعض نكولا عن الكل •

[٣٤٥] وان قلنا بتعدد اليمين [٤٤/ب] فلهما أحوال :

الاولى : اذا نكل الاول عن النفي حلفنا الثاني يمينا واحدة جامعة

---

(٢٦) س : على النفي فقط •
(٢٧) انظر رأي الامام الشافعي في الام ٦/٢٣٨ •
(٢٨) س : في يديهما •
(٢٩) ب : وجعل في كلا •
(٣٠) ب : وقضي •
(٣١) س : اجتمعا •
(٣٢) الزيادة من س ب •

بين النفي والاثبات ، لأنه قد تقدم نكول ، فلا بأس بالاثبات .

الثانية : ان يتحالفا على النفي(٣٣) .

قال الشيخ أبو محمد : يفسخ العقد ، لأن التضاد والتعاند قد تم(٣٤) .

وقال غيره : يعود الى الاول ، وتعرض عليه يمين الاثبات ، فان حلف عرضناها على الثاني ، فان حلف تم الآن التحالف .

فعلى هذا : لو حلف الاول بيمين الاثبات ، وعدنا(٣٥) الى الثاني فنكل قضينا للاول لا محالة .

والاصح ما ذكره الشيخ أبو محمد .

الحالة الثالثة : ان يتناكلا(٣٦) جميعا ابتداء ، ففيه وجهان(٣٧) :

احدهما : ان تناكلهما كتحالفهما ، لحصول التضاد(٣٨) ، فيقع التفاسخ ، ولذلك نص الاصحاب على انه لو حلف الاول على النفي ، ونكل الثاني ، فرد الاول فنكل عن الاثبات كان نكوله كحلف صاحبه .

والوجه الثاني : انا نتوقف ولا نفسخ ، لأن التفاسخ في هذا الباب

---

(٣٣) تكررت في س هنا عبارة سبقت هي قوله (حلفنا الثاني يمينا واحدة جامعة بين النفي والاثبات) .

(٣٤) في الاصل : قديم ، وفي س : والتعاقد قديم ، وما اثبتناه عن ب .

(٣٥) س ب والمطبوعة : فعدنا .

(٣٦) س : تناكلا .

(٣٧) في الاصل : ففيه قولان : وما اثبتناه عن ب س وعن سياق الكلام اذ سيذكر الوجه الثاني .

(٣٨) س : النصاب (وهو تصحيف) .

انما اخذ من الحديث النبوي(٣٩) ، وهو منوط بالتحالف ، وليس التناكل في معنـاه •

[٣٤٦] اما حكم التحالف اذا تم فهو جواز انشاء الفسخ **لهمـا** ، لا انفساخ العقد بنفس التحالف ، هذا هو الصحيح المنصوص • وفيه(٤٠) قول مخرج(٤١) انه ينفسخ بنفس التحالف •

وفرع الشيخ أبو علي [على](٤٢) هذا القول البعيد ان المشتري يرد الزوائد المنفصلة الحادثة بعد التحالف ، وقبل انشاء الفسخ منهما ، وان كل تصرف [يتصرف](٤٣) المشتري [فيه](٤٥) بعد التحالف وقبل انشاء الفسخ ينقض وهو بعيد •

---

(٣٩) قوله : لأن التفاسخ في هذا الباب انما اخذ من الحديث النبوي قلت : هو ما روى عن ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لاحدهما تحالفا وترادا » • الذي رواه أبو داود في البيوع (سنن أبي داود ٣/٢٨٥ رقم ٣٥١١) ، والترمذي في البيوع (سنن الترمذي ٢/٣٧١ رقم ١٢٨٨ ، وابن ماجة في التجارات (سنن ابن ماجة ٢/٧٣٧ رقم ٢١٨٦) والدارمي في البيوع (سنن الدارمي ـ ط : اليماني ٢/١٦٦ رقم ٢٥٥٣) وغيرهم وانظر بشأن هذا الحديث تلخيص الحبير ٣/٣١ رقم ١٢٢١ ، نصب الراية ٤/١٠٥ ، نيل الاوطار ٥/٢٥٢ ـ ٢٥٣ •

(٤٠) ب : ففيه •

(٤١) ب : خرج •

(٤٢) عبارة الاصل كالآتي : وفرع الشيخ أبو علي هذا القول البعيد على ان المشتري بتأخير لفظة : على ، وقد وضعتها في هذا الموضع لاقتضاء السياق ، وقد سقطت اللفظة من س ب والمطبوعة •

(٤٣) الزيادة من س ب •

(٤٤) الزيادة من س ب •

(٤٥) في الاصل : لانه يحكم فيه ، وما اثبتناه عن س ب •

واذا قلنا : لابد من انشاء الفسخ على الاصح ، فالاصح ان العاقد يستقل به ، وفيه وجه انه يختص بالقاضي ، لانه مجتهد[45] فيه .

ومتى وقع الفسخ هل ينفسخ ظاهرا[46] وباطنا ، أو ظاهرا فقط ؟ فيه[47] خلاف وتفصيل سبق ذكره من قبل[48] .

---

(٤٦) ب والمطبوعة : هل ينفسخ باطنا وظاهرا .

(٤٧) في الاصل : وفيه .

(٤٨) مر ذكر ذلك في الفقرة ١٨١ ـ ١٩٤ .

النظر الثالث

في كيفية اليمين الواجبة على المدعى عليه

[٣٤٧] اذا توجهت اليمين عليه ، وبذلها ، فليقل له القاضي بعد تخويفه بالله عز وجل منه ، ومن عذابه : قل : بالله[١] ، أو والله ، أو تالله ، ان هذا المدعي لا يستحق علي ما ذكره [في دعواه ، ولا شيئا منه ، أو لا يلزمني تسليم ما ذكر][٢] ، ولا تسليم شيء منه ، أو لا حق له علي ، أو ما له قبلي شيء [٤٥/أ] ، نفيا لما[٣] ادعى به عليه . وكل هذه[٤] اوجه صحيحة .

[٣٤٨] وهكذا ان كان بيمينه مثبتا لحق ، كاليمين مع الشاهد ، أو يمين الرد ، مع نكول المدعى عليه ، فليقل له الحاكم : قل : بالله ، أو والله ، اني مستحق[٥] في ذمة هذا هذا القدر المدعى به ، وتسلمه الآن ، اذ[٦] ربما يكون مؤجلا ، فلو اقتصر على اليمين على استحقاقه كان صادقا ، ولا يستحق تسلمه في الحال .

[تغليظ اليمين][٧]

[٣٤٩] ثم اذا كان المال أقل من نصاب الزكاة فلا تغليظ في اليمين عندنا ، وان بلغ نصابا فما زاد غلظت اليمين .

---

(١) ب س والمطبوعة : قل والله أو بالله .
(٢) الزيادة من س ب .
(٣) س ب والمطبوعة : نفيا لما اجاب به عن الدعوى وكل هذه ..
(٤) س ب والمطبوعة : اجوبة صحيحة .
(٥) في الاصل :اني استحق .
(٦) ب : أو ربما .
(٧) انظر بشأن تغليظ اليمين : الام ٢٧٩/٦ ، ٣٣/٧ ، ١٨٣ ، احكام

واختلف الاصحاب في تقدير التغليظ بنصاب الذهب والفضة على وجهين :

احدهما : لانها نصاب زكاة ، فعلى هذا تغلظ في الغنم في أربعين شاة فما زاد ، وفي الابل في خمس ، وفي البقر في ثلاثين ، وفي الحبوب والثمار في خمسة اوسق ، وان نقصت قيمة[8] كل نصاب عن عشرين دينارا أو عن مائتي درهم •

والثاني : انه ربما قدر بالعشرين عن توقيف[9] لا يتقدر به غيره • فعلى هذا كل نصاب من غير النقدين لم تبلغ قيمته نصابا من النقدين لم تغلظ فيه ، وان بلغت قيمته نصابا منهما غلظت فيه •

[**صور تغليظ اليمين**]

[**٣٥٠**] والتغليظ يكون بثلاثة أشياء : باللفظ ، والزمان ، والمكان :

[**التغليظ باللفظ**][10]

[**٣٥١**] فالتغليظ باللفظ هو بزيادة[11] ألفاظ من أسماء الله تعالى

القرآن ٢/١٥٥ ، مختصر المزني ٥/٢٥٤ ، البحر للروياني حـ ٧ الورقة ١٧٠/أ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/١٧٦ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ (تحت الطبع) الفقرة ٤٢٦٩ وما بعدها ، المهذب ٢/٣٢٣ ، مغني المحتاج ٤/٤٧٣ •

(٨) س : قيمة ذلك •

(٩) ب : عن توقيف فلا يتقدر به (بزيادة الفاء) وفي س والمطبوعة : عن توقيف فلا يقدر به عن غيره ، وما اثبتناه عن الاصل •

(١٠) انظر بشأن تغليظ اليمين باللفظ : الام ٦/٢٨٠ ، ٧/٣٢ ، مختصر المزني ٥/٢٥٥ ، البحر للروياني حـ ٧ الورقة ١٨١/أ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٨٧ وما بعدها ، مغني المحتاج ٤/٤٧٣ ، المهذب ٢/٣٢٣ •

(١١) س : زيادة أسماء من أسماء الله •

وصفاته ، كقوله للحالف[١٢] : قل : بالله الذي لا اله الا هـو ، عالم الغيب والشهادة ، الطالب الغالب ، المهلك المدرك[١٣] ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية •

وللحاكم ان يقتصر على بعض هذه الالفاظ في اليمين المغلظة[١٤] ولـه ان[١٥] يجعل الزيادة بحسب توسط الحق وكثرته ، فالتغليظ في الحلف[١٦] على الف[١٧] مثلا لا يكون كالتغليظ على عشرة آلاف •

[٣٥٢] وهذا التغليظ اللفظي مستحب غير واجب عند الشيخ أبي علي • وعند غيره وجهان[١٨] •

قال الشيخ أبو علي : الا ان الحاكم لو قال للحالف : قل : بالله الذي لا اله الا هو الطالب الغالب ، فاقتصر الحالف على قوله : بالله ، وامتنع من الباقي هل يصير ناكلا ؟

فيـه وجهان : واختار القفال انـه يصير ناكلا ، وترد اليمين على خصـمه •

ولو قال له : قل : بالله ، فقال : والله ، أو على العكس ، هل يصير

---

(١٢) س : لحالف •
(١٣) س ب والمطبوعة : المدرك المهلك •
(١٤) س : الغليظة •
(١٥) ب س والمطبوعة : وله ان يستوفيها على توسط الحق وكثرته •
(١٦) س والمطبوعة : في التحليف •
(١٧) س : الالف •
(١٨) اقتصر شريح الروياني على الاستحباب انظر روضة الحكام الورقة ١٧/أ متابعا فيه ابا اسحاق في المهذب ٢/٣٢٣ •

ناكلا ؟ فيه وجهان سبق ذكرهما[١٩] .

وهكذا لو قال لو قال : قل : بالله الذي لا اله الا هو [٤٥/ب] فقال : بالله الرحمن الرحيم ، هل يكون[٢٠] نكولا ؟ فيه وجهان .

[التغليظ بالمكان]

[٣٥٣] واما التغليظ بالمكان فهو تحليفه في اشرف البقاع واعظمها حرمة : ففي مكة بين الركن والمقام ، وفي المدينة على[٢١] منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو عنده ، وظاهر النص انه يصعد المنبر . وقال أبو سعيد : لا يصعد . وفي البيت المقدس عند الصخرة ، وفي بقية البلاد في مسجدها الجامع عند المنبر وهل يصعد المنبر ؟ على الخلاف المذكور .

[٣٥٤] وهذا التغليظ المكاني[٢٢] مستحق أو مستحب ؟ فيه وجهان[٢٣] ، وقيل : الوجهان في التغليظ بمكة والمدينة ، واما في بقية البلاد فغير واجب قولا واحدا .

[٣٥٥] ثم سواء قلنا : ان التغليظ بالمكان مستحق أو مستحب ، فاذا حلفه الحاكم في مكان التغليظ ، فامتنع من اليمين فيه ، صار ناكلا قولا

---

(١٩) مر ذلك في الفقرة ٢٨٦ .
(٢٠) س : ناكلا ، وهو اختيار محقق المطبوعة .
(٢١) ب س والمطبوعة : فعلى .
(٢٢) ب : وهذا التغليظ المكاني هل مستحق أو مستحب ، وفي س والمطبوعة : وهذا التغليظ المكاني هل هو مستحق أو مستحب وما اثبتناه عن الاصل .
(٢٣) ذكر الشيخ أبو اسحاق الشيرازي ان احدهما مستحب والثاني واجب انظر المهذب ٢/٣٢٣ ، وقد ورد في هامش الاصل المعتمد قوله : الاصح انه يستحب .

واحدا عند الشيخ أبي علي بخلاف امتناعه من التغليظ اللفظي على أحد الوجهين •

[٣٥٦] والفرق انه في اللفظي[٢٤] قد أتى بقوله : والله ، [وهذه لفظة اليمين ، ومعناها في قوله : والله][٢٥] الذي لا اله الا هو الطالب الغالب ، فان [كل][٢٦] هذه الالفاظ مندرجة عند اسم الله تعالى ، بخلاف امتناعه من الحلف[٢٧] في مكان شريف ، فانه لا يحصل شرف المكان أصلا •

[٣٥٧] واذا قلنا ان التغليظ مستحق ، فلا يغنيه قوله : بالطلاق ان لا احلف يمينا مغلظة ، بل يقال له : انكل أو احلف ، وان وقع عليك الطلاق ، هكذا قاله الامام •

وقال القاضي أبو الطيب في التعليق : اذا امتنع من اليمين بين الركن والمقام ، وقال : علي يمين ان لا احلف بينهما ، ولكن احلف عن يمين المقام مثلا ، أو أحلف في موضع آخر قريب من البيت ، ففيه[٢٨] قولان : احدهما : يجاب اليه ، ولا يحنث في يمينه ، والثاني : يحلف في ذلك الموضع بعينه ، ويحنث في يمينه •

[٣٥٨] هذا كله اذا قلنا : [ان][٢٩] التغليظ بالمكان مستحق ، وشرط ، اما[٣٠] اذا قلنا : انه مستحب فلا يحنث في يمينه قولا واحدا •

---

(٢٤) ب س والمطبوعة : في اللفظ •
(٢٥) الزيادة من س ب •
(٢٦) الزيادة من س ب •
(٢٧) س : من اليمين •
(٢٨) س ب والمطبوعة : فيه •
(٢٩) الزيادة من س •
(٣٠) س ب والمطبوعة : واما •

[التغليظ بالزمان](٣١)

[٣٥٩] واما التغليظ بالزمان ، فهو تحليفه بعد العصر في يوم الجمعة •

[٣٦٠] وهل هو مستحب(٣٢) أو مستحق ؟ فيه وجهان(٣٣) •

[٣٦١] وكيف ما كان ، فلو امتنع من الحلف في هذا الزمن(٣٤) ، وبذل اليمين قبله ، أو بعده ، صار ناكلا كالمكان •

[التغليظ بالمصحف](٣٥)

[٣٦٢] ومما تغلظ به اليمين التحليف بالمصحف • [٤٦/أ] قال الشافعي(٣٦) رضي الله عنه : كان ابن الزبير(٣٧) يستحلف

---

(٣١) بشأن التغليظ بالزمان : انظر الام ٢٧٩/٦ ، ٣٢/٧ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٠١ وما بعدها ، المهذب ٣٢٣/٢ ، نهاية المحتاج (في باب اللعان) ١١٠/٧ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ •

(٣٢) س والمطبوعة : وهل هو مستحق أو مستحب •

(٣٣) ورد في حاشية الاصل قوله وجهان : الاصح انه مستحب •

(٣٤) س : في هذا الوقت •

(٣٥) انظر بشأن التغليظ بالمصحف : الام ٢٧٩/٦ ، ٣١/٧ ، السنن الكبرى ١٧٨/١٠ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٠٥ وما بعدها ، المهذب ٣٢٣/٢ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ ، نهاية المحتاج ١١١/٧ •

(٣٦) قول الشافعي نجده في الام ٢٧٩/٦ ، ٣١/٧ ، السنن الكبرى ١٧٨/١٠ ، المهذب ٣٢٣/٢ ، وفيات الاعيان ٢١٠/٥ ، أدب القاضي للماوردي جـ ٣ الفقرة ٤٣٠٥ •

(٣٧) هو عبدالله بن الزبير بن العوام الاسدي الصحابي الجليل (معروف)

به ، ورأيت مطرفا[٣٨] قاضي صنعاء يستحلف به ، وهو حسن •

[٣٦٣] وقال[٣٩] الماوردي[٤٠] : هو[٤١] جائز ، وليس بمستحب ، قال أصحابنا : ومعناه انه يوضع المصحف في حجره ليكون ازجر له •

[٣٦٤] قال الشيخ ابو علي : فلو اراد القاضي تحليفه بالمصحف وان[٤٢] يضعه في حجره فامتنع[٤٣] هل يصير ناكلا ؟ فيه وجهان •

[٣٦٥] ثم قال[٤٤] : لا يحلفه بالمصحف ، فيقول : وحق المصحف ، لأنه تحليف بغير الله ، وانما يحلفه بمن انزل القران ، هكذا قاله الشيخ أبو علي •

قتل سنة ٧٣هـ انظر نسب قريش للمصعب الزبيري ٢٣٦ ، انساب الاشراف ٥/١٨٨ ، ٣٥٥ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٢٦٦ ، الاصابة ٤/٦٩ ، فوات الوفيات ١/٤٤٥ •

(٣٨) مطرف : هو ابن مازن الكناني ، وقيل القيسي بالولاء الصنعاني ، ولي قضاء صنعاء وروى عنه الشافعي وجماعة وتوفي بالرقة وقيل بمنبج سنة ١٩١هـ ، وقد تكلموا في روايته ، فانظر وفيات الاعيان ٥/٢٠٩ رقم ٧٢٢ ، ميزان الاعتدال ٤/١٢٥ ، لسان الميزان ٦/٤٧ رقم ١٨٢ ، طبقات فقهاء اليمن للجعدي ١٣٨ •

(٣٩) س : قال •

(٤٠) قول الماوردي تجده في أدب القاضي حـ ٣ الفقرة ٤٣٠٥ ، وقد أشار الى هذه المسألة في الفقرة ١٦٩٠ ، ١٦٩٤ من الجزء الاول ص ٦٥٨ ، ٦٥٩ •

(٤١) س : وهو •

(٤٢) س : وامره ان يضعه •

(٤٣) ب : فامتنع به ، وفي س والمطبوعة : فامتنع منه •

(٤٤) س ب والمطبوعة : ثم قالوا •

[٣٦٦]قال : [وقال][٤٥] الشيخ أبو زيد : ولو حلفه بما في هذا المصحف ، لا يكون يمينا ، لأن في المصحف سواداً وبياضا ، ولو حلفه بما في المصحف من القرآن ، أو بما هو مكتوب في المصحف ، أو حلفه بالقرآن ، فهو يمين •

[٣٦٧] وهل يحلفه[٤٦] بالله الذي انزل القرآن على محمد ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي في شرحه الكبير ، والشيخ أبو عاصم في فتاويه ، ولم[٤٧] يختارا شيئا •

[التغليظ بالقيام]

[٣٦٨] ولا يشرع القيام في شيء من الايمان الا في يمين اللعان •
وقيل يغلظ بالقيام في جميع[٤٨] الايمان •

[ما تغلظ فيه اليمين]

[٣٦٩] وتغلظ اليمين في دعوى الطلاق والعتاق :

[٣٧٠] ولو ادعى العبد عتقه على سيده ، فانكر السيد حلف •

ثم ان كانت قيمة العبد نصابا غلظت اليمين عليه ، والا فلا •

ولو نكل وردت اليمين على العبد غلظت اليمين عليه ، لانه يثبت الحرية •

---

(٤٥) الزيادة من س ب •
(٤٦) س : وهل يحلفه بالذي •
(٤٧) س : ولم يختر •
(٤٨) س : في سائر الايمان •

[٣٧١] وقال صاحب التقريب : تغلظ اليمين على السيد كيف كان ، لأنه ينفي [ما](٤٩) يثبته العبد •

[٣٧٢] ولو ادعى السيد على العبد انه كاتبه(٥٠) ، فانكر ، فان كان المال نصابا غلظت اليمين على العبد ، وان نكل وردت اليمين على السيد غلظت ، وان كان أقل من نصاب(٥١) فلا تغليظ •

[٣٧٣] اما ان ادعى العبد الكتابة على السيد وانكرها ، ان كانت قيمة العبد نصابا غلظت اليمين على السيد ، وان نكل وردت اليمين على العبد غلظت أيضا ، وان نقصت عن النصاب فلا تغلظ على السيد ، فلو نكل وردت على العبد غلظت على العبد ، لانه يثبت الحرية •

[٣٧٤] وقال صاحب التقريب : اذا غلظت على العبد ينبغي ان تغلظ(٥٢) [٤٦/ب] على السيد أيضا •

[تغليظ اليمين على المرأة بالمكان]

[٣٧٥] هذا كله في حق المسلم ، اما المسلمة فالبرزة كالرجل في احضارها مجلس الحكم ، وتغليظ(٥٣) اليمين عليها بالمكان •

[٣٧٦] واما المخدرة : فقال(٥٤) الامام :

---

(٤٩) الزيادة من س ب •
(٥٠) ب س والمطبوعة : ولو ادعى السيد على عبده كتابته •
(٥١) ب س والمطبوعة : النصاب •
(٥٢) ورد في حاشية الاصل لفظة (اليمين) بعد هذه اللفظة •
(٥٣) ب : وتغلظ ، وهو ما في المطبوعه •
(٥٤) في سائر الاصول : قال ، وقد اضفت (الفاء) للسياق •

قال قائلون : يحضرها القاضي بنفسه ، أو المستخلف ، في بيتها ، ولا تكلف الحضور •

وقال في مكان آخر : قطع العراقيون بأن المخدرة لا يعصمها التخدير عن الحضور الى المسجد الجامع لليمين ، اذا رأينا التغليظ بالمكان واجبا ، ولا تحضر الى مجلس الحكم للدعوى عليها ، وقال الشيخ القفال : المخدرة تحضر الى مجلس الحكم ، كالبرزة • والمخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها ، ولا تعتاد الخروج للزيارة والعزاء(٥٥) ، فلو خرجت على ندور لم يبطل تخديرها • والذي عندنا : ان المخدرة هي التي لا تخرج الا لضرورة •

هذا ما ذكره الامام •

[٣٧٧] وقال الشيخ أبو علي : المخدرة لا تخرج(٥٦) الى مجلس الحكم ، بل يبعث القاضي(٥٧) اليها من يحكم بينها وبين خصمها في منزلها ، فاذا توجهت عليها اليمين ، احلفها في منزلها ، ان كان مما(٥٨) لا تغليظ فيه ، وان كان فيه تغليظ ، فمن(٥٩) اصحابنا من قال : لا تخرج من بيتها ، وتحلف فيه ، والصحيح انها تحلف في الموضع الشريف ، وتغلظ اليمين عليها ، الا اذا كانت حائضا لا تدخل المسجد ، بل تحلف على بابه •

---

(٥٥) ب س والمطبوعة : والعزايا •

(٥٦) ب والمطبوعة : المخدرة لا تحضر الى مجلس •• س : لا تحضر مجلس الحكم •

(٥٧) س : يبعث الحاكم •

(٥٨) س ب والمطبوعة : ان كان المال لا تغليظ فيه •

(٥٩) س ب والمطبوعة : من (بسقوط الفاء) •

[٣٧٨] وقال[٦٠] الماوردي[٦١] : المخدرة يستخلف الحاكم من يستحلفها في منزلها ، ويسقط تغليظ اليمين بالمكان صيانة لها •

[٣٧٩] وقال القاضي أبو الطيب : المخدرة ، من أصحابنا من قال : تغلظ اليمين عليها بالمكان ، كالبرزة ، فتحضر في ذلك الموضع ، ومن اصحابنا من قال : لا تغلظ اليمين عليها بالمكان ، لأن الحاكم لا يستحضرها الى مجلس حكمه ، وانما يبعث اليها نائبا عنه ، ليحكم بينها وبين خصمها ، ولا تخرج من بيتها •

[٣٨٠] وقال القاضي حسين : اذا كانت المرأة غير برزة فتوكل ، فاذا توجهت عليها اليمين ، بعث[٦٢] القاضي اليها من يحلفها في منزلها •

[٣٨١] وقال القفال : تحضر مجلس الحكم ، قال : قال أصحابنا : المخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها ، وان خرجت الى الاعزية والمآتم والزيارات ، قال : والذي عندي : ان المخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها [١/٤٧] ولا الى الاعزية[٦٣] والزيارات الا نادرا ، فان اعتادتها لم تكن مخدرة •

[٣٨٢] وقال [الشيخ][٦٤] أبو نصر : المخدرة هي التي لا تخاطب

---

(٦٠) س : قال •

(٦١) كلام الماوردي تجده في أدب القاضي له ح ٣ الفقرة ٤٣٢٥ ، وليس كما احال محقق المطبوعة الى ح ٢ ص ٣٢٥ ، فانه وان كان هناك كلام يتصل باحضار الخصم الى مجلس الحكم للمحاكمة اذا كان امرأة برزة أو خفرة ، الا ان العبارة المذكوره ليست فيه •

(٦٢) ب س والمطبوعة : بعث اليها (بسقوط لفظة : القاضي) •

(٦٣) في الاصل : التعزية ، وما اثبتناه عن ب س وعما ذكره في الجملة السابقة في الاصول كلها بلفظ (الاعزية) •

(٦٤) الزيادة من ب س •

الرجال ، ولا تحضر المواسم والاعراس ، فان الحاكم يبعث[٦٥] اليها من يحلفها • وهل تغلظ اليمين عليها بالمكان ؟ فيه وجهان : احدهما : نعم ، فتحضر في المواضع الشريفة ، ويحلفها ، والثاني : لا ، لأن خدرها اذا منع من احضارها مجلس الحكم جرى مجرى المرض ، فيسقط[٦٦] به التغليظ •

[٣٨٣] وقال الشيخ أبو اسحاق[٦٧] : المخدرة لا تكلف الحضور ، بل توكل من يخاطب عنها ، فاذا توجهت عليها اليمين[٦٨] ، بعث اليها من يحلفها •

[٣٨٤] قلت : فهذا ما ذكره الائمة في المخدرة وحكمها ، والاصح[٦٩] عندي : انها لا تكلف الحضور الى مجلس الحكم لمحاكمة ، ولا الى موضع شريف ليمين ، لأن اصحابنا صرحوا بانه تسمع[٧٠] الشهادة على شهادتها مع حضورها من غير مرض ، والحقوا تخديرها[٧١] بالمرض والسفر في ذلك ، والأولى في التخدير وصفته رده الى عرف الناس واتباع العادات •

[سريان التغليظ الى يمين الرد واليمين مع الشاهد]

[٣٨٥] هذا كله في يمين المدعى عليه يمين النفي [أو يمين المدعي

---

(٦٥) س : لم يبعث (وهو سهو) •
(٦٦) ب : فسقط •
(٦٧) انظر المهذب ٢/٣٠٤ •
(٦٨) ب س والمطبوعة : يمين •
(٦٩) جاء في هامش الاصل قوله : (الذي صححه في الروضة انها تكلف الحضور الى الجامع) قلت صححه النووي في الروضة (انظر روضة الطالبين ١٢/٣٣) •
(٧٠) س : تمتنع (وهو تصحيف) •
(٧١) س : تخدرها •

يمين الرد(٧٤)] وهكذا الحكم في تغليظ اليمين اذا حلف المدعي مع شاهده لاثبات الحق •

[اضافة تصديق اشاهد الى صيغة اليمين]

[٣٨٦] ويضيف(٧٣) الحاكم الى اليمين مع الشاهد تصديق الشاهد ، فيقول : وان شاهدي صادق فيما شهد به ، أو ان ما شهد به هذا الشاهد حق وصدق(٧٤) •

[٣٨٧] وهذا التصديق للشاهد(٧٥) الواحد مستحق أو مستحب ؟ فيه وجهان : اصحهما انه مستحق •

[تغليظ يمين الحكم على الميت والغائب وما جرى مجراهما]

[٣٨٨] وهكذا اليمين للحكم على الميت والصبي والمجنون والغائب ، تغلظ ، كما سنذكره •

[٣٨٩] [ثم(٧٦) اختلف ائمتنا في ان اليمين للحكم على الغائب هل هي مستحقة أو مستحبة ؟ فيه وجهان ، الاصح انها مستحبة •

ولا خلاف ان اليمين للحكم على ميت أو صبي أو مجنون مستحقة

---

(٧٢) الزيادة من س ب •
(٧٣) س ب والمطبوعة : وليضيف •
(٧٤) وهو منصوص الشافعي في الام ٦/ ٢٨٠ •
(٧٥) في الاصل : وهذا التصديق مع الشاهد ، وما اثبتناه عن س ب •
(٧٦) سقطت هذه الفقرة والفقرتان اللتان تليهما ، من الاصل ومن نسخة س وزيادتها عن النسخة ب •

قولا واحدا[77] ، والفرق ظاهر •

[٣٩٠] والمتغيب في البلد أو المنعة ، اذا[78] سمعت الدعوى عليه وقامت عليه البينة ، فان ذلك سائغ قولا واحدا ، فاذا التمس المدعي من الحاكم الحكم عليه فلك ذلك •

وهل يحلفه الحاكم تفريعا على استحقاق اليمين بالنسبة الى الغائب ؟ اكثر الاصحاب اطلقوا اقوالهم قائلين بان المتغيب والمتعزز[79] حكمه حكم الغائب •

[٣٩١] وقال الماوردي[80] : لا يجب اليمين للحكم على المتغيب ولا المتعزز ، بخلاف الغائب ، والفرق ان المتغيب ظالم بتغيبه وكذا المتعزز غير معذور به[81] ، فلم يحلف المحكوم له ، بخلاف[82] الغائب فانه معذور في غيبته ، ثم قال بعد هذا : وهل يجعل بتغيبه أو بتعززه في حكم الناكل حتى يحلف المدعى من غير اقامة بينة ؟ فيه وجهان ، اشبههما انه يجعل

---

(٧٧) قوله « قولا واحدا » مما يستدرك على ابن أبي الدم فهناك قولان أو على حد قول النووي في الروضة (وجهان ويقال قولان) الوجوب والاستحباب واصحهما الوجوب ، فقطع ابن ابي الدم بالوجوب فانظر الروضة ١١/١٧٦ ، مغني المحتاج ٤/٤٠٧ نهاية المحتاج ٨/٢٥٦ •

(٧٨) ب : واذا •

(٧٩) ب والمطبوعة : المتعذر •

(٨٠) انظر قول الماوردي في أدب القاضي له حـ ٢ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤ الفقرات ٣٢٧٦ ـ ٣٢٧٩ ، وقد تصرف المؤلف في نقل عبارته بعض التصرف للاختصار •

(٨١) في ب : وغيره معذر رتبه (كذا) وهو تصحيف •

(٨٢) ب : يخالف •

ناكلا ، فعلى هذا يحلف ويفرض[٨٣] ان المتغيب حضر وتوجهت اليمين عليه فنكل عنها .

وهذا فيه بعد لا يخفى على المتأمل][٨٤] .

[كيفية لفظ اليمين]

[٣٩٢] وكيفية لفظ اليمين للحكم ان يقول له الحاكم[٨٥] : قل بالله اني لم اقبض هذا الدين ، ولا شيئا منه ، ولا تعوضت عنه ، ولا عن شيء منه ، ولا احلت به ، ولا بشيء منه ، [ولا احتلت به ، ولا بشيء منه][٨٦] ، ولا برئت ذمة المدعى عليه منه ، ولا من شيء منه[٨٧] ، بقول ولا فعل ، الى هذا الوقت ، واني مستحق تسليمه الآن ، أو في وقتي هذا[٨٨] .

وهذا اللفظ الاخير لابد من ذكره ، ولم يذكره أصحابنا في كتبهم ، لانه لو كان الدين مؤجلا على غائب وسمعنا الدعوى به على رأي ، فلابد عند الدعوى من طلب التسليم اذا كان الدين حالا ، ففي اليمين للحكم على الغائب به يجب ذكر استحقاق التسليم عقيب اليمين[٨٩] .

---

(٨٣) في المطبوعة : ويعرض (وهو تصحيف طباعي) .
(٨٤) الى هنا ينتهي ما سقط من الاصل ومن نسخة س ، واثباته عن نسخة ب في الورقة ٣٩/ب .
(٨٥) س ب والمطبوعة : ان يقول الحاكم له .
(٨٦) الزيادة من س ب .
(٨٧) العبارة (ولا برئت ذمة المدعى عليه منه ولا من شيء منه) سقطت من متن ب وثبتت على حاشيتها .
(٨٨) قابل ذلك بما في الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٤/٥ ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٤١ وما بعدها .
(٨٩) في الاصل : عقيب الدين (وهو سهو) .

[٣٩٣] ثم قال الشافعي[٩٠] رضي الله عنه : يحلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة [٤٧/ب] الرحمن[٩١] الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية .

وقال في الام : الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور .

وهذه الالفاظ كلها منقولة عنه ، فمن الاصحاب من قال : ان التغليظ بهـا مستحق ، حتى لا يجوز ان يقتصر فيهـا على قوله : بالله[٩٢] . والصحيح جواز الاقتصار عليه[٩٣] .

[٣٩٤] ولا يحتاج في اليمين للحكم اذا كان الحق [قد ثبت][٩٤] بشهادة شـاهدين الى تصـديق الشاهدين ، بخلاف اليمـين في الشـاهد الواحد[٩٥] .

---

(٩٠) انظر قول الشافعي في المختصر ٢٥٥/٥ ، الام ٢٨٠/٦ ، البحر للروياني حـ ٧ الورقة ١٨١/أ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٨٧ وما بعدها .

(٩١) س ب : هو الرحمن الرحيم (وكذا في المطبوعة) وما اثبتناه عن الاصل وعن قول الشافعي في مصادر تخريجه التي مرت .

(٩٢) وهذا القول شاذ قال الماوردي : وشذ بعض أصحابنا فقال : لا يجزئه احلافه بالله حتى يغلظها بما وصفنا ليخرج بها عن عادته .. أدب القاضي حـ ٣ الفقرة ٤٣٩٠ .

(٩٣) جوزه أبو اسحاق انظر المهذب ٣٢٣/٢ .

(٩٤) الزيادة من س ب .

(٩٥) لأن البينة بشاهدين موضع اتفاق على انها حجة كاملة في حين ان اليمين مع الشاهد ليست موضع اتفاق عنـد الفقهاء ، انظر مغني المحتاج ٤٠٨/٤ .

وحكى الامام فيه وجها انه يشترط تصديق الشهود وهو بعيد •
وذكر الغزالي في الوسيط تصديق الشهود[٩٦] في يمين الحكم ، ولم يحك فيه خلافا ، وهو هفوة[٩٧] •

[٣٩٥] هذا كله اذا ثبت الحق بشهادة شاهدين فصاعدا •

اما اذا ثبت الحق[٩٨] بشهادة شاهد واحد ويمين المدعي على ميت ، أو صبي ، أو غائب ، فهل يحتاج مع يمينه التي كملت بها بينته الى يمين اخرى للحكم ؟ فيه خلاف سبق ذكره[٩٩] • والاصح انه لابد من يمين أخرى للحكم •

[٣٩٦] وههنا دقيقة لابد من التنبه[١٠٠] لها ، وهو ان الحاكم اذا حلفه[١٠١] للحكم على ميت أو غائب بالالفاظ التي ذكرناها ، هل يضيف اليها تحليفه[١٠٢] بالله تعالى ، انه مستحق[١٠٣] في ذمة هذا المحكوم عليه هذا الحق ؟

هـذا عندي فيه نظر ظاهر ، من حيث ان اليمين المشروعة للحكم شرعت نفيا لامور ، لو قدر حضور المحكوم عليه ، ودعواه بها على المدعي

---

(٩٦) العبارة : (وهو بعيد وذكر الغزالي في الوسيط تصديق الشهود) سقطت من متن ب وثبتت على حاشيتها •
(٩٧) ذكـر الغزالي في الوجيز ما يخالف ذلك ، اذ قـال : (ولا يجب التعرض في اليمين لصدق الشهود) الوجيز ٢/٢٤٣ ، فلعل المؤلف قد اخطأ في النقل عن الغزالي •
(٩٨) في الاصل : اذا ثبت بشهادة واحد •
(٩٩) مر ذلك في الفقرة ٣٨٩ وما بعدها •
(١٠٠) س : التنبيه عليها •
(١٠١) ب والمطبوعة : اذا احلفه •
(١٠٢) س ب والمطبوعة : حلفه بالله •
(١٠٣) في الاصل : يستحق وما اثبتناه عن س ب •

سمعت ، فقام الحاكم[١٠٤] مقامه في احلاف المدعى على نفيها ، ولو ان الغائب أو الميت كان حاضرا ، فطلب احلاف المدعي انه مستحق للمدعى[١٠٥] به بعد قيام البينة العادلة ، لم يسمع ذلك منه عندنا بلا خلاف ، خلافا لابن أبي ليلى[١٠٦] ، لأن في ذلك قدحا في البينة ، بل لابد في دعواه ان أراد دعوى براءة ، ان يدعي ما يقتضيها من ابراء أو قبض ، أو غير ذلك .

[٣٩٧] لكن ههنا نظر آخر دقيق ، وهو ان البينة اذا قامت على أقرار المدعى عليه بالدين مثلا ، فلو كان حاضرا ، فقال[١٠٧] : صدقت البينة فيما شهدت به علي من اقراري بالدين له ، لكني اشهدت علي ، واقررت بناء على ما جرت به العادة في اقاريرهم واشهادهم في الصكوك [٤٨/أ] على انفسهم ، فحلفه ايها[١٠٨] القاضي انه مستحق[١٠٩] ذلك علي ، فاني لم اقبض هذا المال الذي أقررت له به ، هل يحلف ؟ فيه وجهان مشهوران سنذكرهما في موضعهما ان شاء الله تعالى ، واصحهما ان له تحليفه .

[٣٩٨] اذا ثبت هذا في هذه المسألة ، فعلى الحاكم ان يتعرض في اليمين التي يستحلف بها المدعى للحكم على الميت أو الغائب ، انه

---

(١٠٤) كررت لفظة الحاكم في الاصل (وهو سهو) .
(١٠٥) ب والمطبوعة : مستحق الحق المدعى به .
(١٠٦) انظر رأي ابن أبي ليلى ومن وافقه على ذلك في أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٠٥٤ .
(١٠٧) س والمطبوعة : فقال لقد صدقت .
(١٠٨) ب س والمطبوعة : ايها الحاكم .
(١٠٩) في الاصل : يستحق .

يستحق[١١٠] ذلك ، حذارا من ان يكون اشهد عليه بقبض المقر بـه جريا على العادة ، ولم يقبضه ، اذا كان المحكوم به مثل هذه الصورة ، وهذا من[١١١] لطيف الفقه ودقيقه فليفهم •

[٣٩٩] واما القاضي أبو الطيب الطبري والمـاوردي[١١٢] فانهمـا فرضا ألفاظ اليمين والتغليظ بها[١١٣] في حق المدعى عليه الحاضر ، ونقلا نص الشافعي[١١٤] رحمه الله بذلك •

[نفي البراءة في اليمين]

[٤٠٠] اما القاضي أبو الطيب فانه قال : قال الشافعي : اذا ادعى عليه دينا ، فقال ابرأتني[١١٥] منه ، فهو اقرار به ، فالقول قول المدعي مع يمينه في نفي البراءة ، فيحلف بالله ان هذا الحق ، ويسميه ، ثابت عليه ، ما اقتضاه[١١٦] ، ولا شيئا منه ، ولا اقتضاه مقتض بامره ، ولا بغير امره ، فوصل اليه ، ولا احال به ، ولا بشيء منه ، ولا ابرأه منه ولا من شيء منه وانه لثابت عليه الى ان حلف بهذه اليمين[١١٧] •

---

(١١٠) ب س والمطبوعة : مستحق •
(١١١) ب س والمطبوعة : وهذا من دقيق الفقه ولطيفه •
(١١٢) انظر أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٨٧ وما بعدها •
(١١٣) في الاصل والتغليظ فيها • وما اثبتناه عن ب س •
(١١٤) في الاصل : ونقلا نص الشافعي وجها بذلك (ولعل ذلك تصحيف في لفظة الدعاء) •
(١١٥) في الاصل : ابرأني وما اثبتناه عن ب س •
(١١٦) في الاصل : ما اقتضيته وما اثبتناه عن س ب •
(١١٧) انظر الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٥/٥ ، البحر للروياني حـ ٧ الورقة ١٧٦/ب ، أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٤١ وما بعدها ، فان في هذه المصادر أقوال الشافعي •

[٤٠١] قال أبو اسحق : جملة ذلك : ان[١١٨] مدعي البراءة من الحق ان ادعى جهة معلومة من[١١٩] البراءة حلف المدعي على نفيها ، ولم يحتج الى ضبط ما عداها ، وان ادعى براءة مطلقة غير مضافة الى جهة ، وجب ضبط اليمين بتلك الجهة[١٢٠] ، غير انه لا يحتاج[١٢١] ان يقول في آخره : وانه لثابت عليه الى ان حلف بهذه اليمين ، لانه اذا نفى وجوه البراءة ، فالظاهر بقاء الحق ، وانما ذكره الشافعي تأكيدا لا شرطا .

[٤٠٢] قال اصحابنا : يمكن[١٢٢] حصر ذلك بها ، بأقل من هذه الالفاظ ، بان يحلف بالله ، ما برىء اليه من ذلك الحق ، ولا من شيء منه بقول ولا فعل ، فهذا يشتمل على جميع تلك الوجوه ، أو يحلف[١٢٣] بالله تعالى ، ما برئت ذمته[١٢٤] من ذلك الحق ، ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمته من شيء من ذلك الحق .

هذا لفظ القاضي أبي الطيب[١٢٥] في تعليقه الكبير[١٢٦] .

---

(١١٨) في الاصل وفي نسخة س : يدعي .
(١١٩) س : معلومة من الحق .
(١٢٠) س ب والمطبوعة : الجهات .
(١٢١) س : لا يحتاج في آخره ان يقول .
(١٢٢) س : ويمكن .
(١٢٣) س : ويحلف .
(١٢٤) في المطبوعة : ما برئت ذمته من شيء من ذلك الحق (بزيادة لفظة : من شيء التي وردت في ب وقد شطب عليها الناسخ ، فأثبتها المحقق) .
(١٢٥) في المطبوعة : هذا لفظ القاضي في تعليقه الكبير (بسقوط لفظة أبي الطيب) .
(١٢٦) تعليقه الكبير : هو شرحه لمختصر المزني انظر بشأنه كشف الظنون

[٤٠٣] واما الماوردي(١٢٧) ، فانه قال : اذا ادعى عليه الفا ، فقال : برئت منها ، صار مقرا ، ومدعيا(١٢٨) للبراءة ، فان اطلق دعوى البراءة ، فيحلف المدعي ، فيقول : والله ما قبضتها ، ولا شيئا منها ، ولا قبضها له قابض بامره ، [٤٨/ب] ولا شيئا منها ، ولا احال بها ، ولا بشيء منها [ولا ابرأه منها ولا من شيء منها](١٢٩) وزاد في الام : ولا كان منه ما يبرأ به منها ، ولا من شيء منها ، يعني من جناية أو اتلاف لماله بقدر دينه ، ويقول : وانها لثابتة عليه الى وقت يمينه .

فهذه ستة أشياء ذكرها الشافعي(١٣٠) في اليمين ، ولا خلاف ان السادس منها استظهار ، وليس بواجب ، وهو قوله : وانها لثابتة عليه الى وقت يمينه ، وفي الخمسة الباقية وجهان : الاكثرون قالوا : هي واجبة ، ومنهم من قال : [هي](١٣١) مستحبة ، حتى لو اقتصر على قوله : ما برىء الي منها ، ولا من شيء منها ، عم ، اما اذا خصص دعوى البراءة ، بان قال : دفعتها اليه ، أو احال بها(١٣٢) ، أو ابرأني منها ، فقد اختلف اصحابنا ، هل تكون(١٣٣) يمينه مقصورة على النوع الذي ادعاه ، أو مشتملة على غيره من الانواع ؟ على وجهين : احدهما وهو ظاهر ما أطلقه

٢/١٦٣٥ ، وتوجد منه نسخة في دار الكتب المصرية برقم ٢٦٦ فقه شافعي .

(١٢٧) انظر أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٨٤ وما بعدها حتى ٤٣٩٠ .

(١٢٨) س : أو مدعيا .

(١٢٩) الزيادة من س ب .

(١٣٠) قول الشافعي في الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٥/٥ ، وما يزال الكلام للماوردي .

(١٣١) الزيادة من س .

(١٣٢) س : احال علي وفي المطبوعة احال بها علي .

(١٣٣) في المطبوعة : يكون .

الشافعي انها تشتمل[١٣٤] على جميع أنواع البراءات في ذكر الانواع الخمسة .

ثم هل تكون واجبة أو مستحبة[١٣٥] ؟ فيه الوجهان المذكوران .

والثاني : وهو الاصح ، ان يمينه تكون مقصورة على النوع الذي ادعى البراءة به دون غيره .

ثم قال الشافعي : فاذا حلف قال : والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب ، والشهادة الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ثم ينسق اليمين .

وقال في الام : الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفى الصدور ، وان زاد الحاكم : الطالب الغالب ، الضار النافع ، المدرك المهلك جاز ، كما يفعله كثير من الحكام .

فان اقتصر على احلافه بالله ، أو بصفة[١٣٦] من صفاته ، كقوله : وعزة الله ، وعظمة الله جاز .

وشدد بعض أصحابنا ، فقال : لا يجزيه احلافه بالله حتى يغلظها بما وصفناه ليخرج بها من عادة الناس في معهود ايمانهم ، مما[١٣٧]

---

(١٣٤) في الاصل : مشتملة ، وفي س : تشمل ، وما اثبتناه عن ب وعن أدب القاضي للماوردي الفقرة ٤٣٨٦ من الجزء الثالث ، لأن الكلام ما يزال للماوردي .
(١٣٥) ب س والمطبوعة : ثم هل تكون واجبة أو احتياطا ، وفي أدب القاضي : ثم هل تكون على الاحتياط أو على الوجوب .
(١٣٦) في الاصل وفي نسخة ب : صفة ، وما اثبتناه عن س وعن أدب القاضي للماوردي الفقرة ٤٣٩٠ من الجزء الثالث .
(١٣٧) س : فيما .

يكثرونه في كلامهم من لغو اليمين .

هذا ما ذكره الماوردي[138] .

[٤٠٤] وههنا بقية كلام ، وهو ان القاضي ابا الطيب قال : يمكن حصر الفاظ الشافعي التي نص عليها في اليمين ، بقوله : والله ما برىء الي من الحق ، ولا من شيء منه .

ونحن نقول : يمكن أيضا حصر الالفاظ بقوله : والله ، ان[139] ما اقر لي به باق في ذمته الى وقتي هذا ، او[140] والله اني مقيم [٤٩/أ] على استحقاقه الى وقتي هذا ، فهل يتعين ما ذكره القاضي ابو الطيب من نفي البراءة ، لتكون اليمين نافية لعين ما ادعاه المدعي عليه من البراءة لفظا ومعنى ، أو يكتفي[141] بحلفه بالله انه باق في ذمته ، او اني مقيم على استحقاقه الى وقتي هذا ، ويقوم ذلك مقام نفي البراءة الدال[142] ذلك عليها معنى ، اذ يلزم من بقاء استحقاقه الى[143] الان نفي البراءة قطعا .

هذا عندنا فيه[144] احتمال ظاهر .

[٤٠٥] هذا كله كلام في يمين المسلم والمسلمة تغليظا وتخفيفا .

---

(١٣٨) انظر كلام الماوردي في أدب القاضي ج ٣ الفقرة ٤٣٨٤ ـ ٤٣٩٠ .
(١٣٩) في الاصل : والله ما اقر لي به وانه باق في ذمته .. وهو سهو ، وما اثبتناه عن س ب .
(١٤٠) ب س والمطبوعة : أو بالله .
(١٤١) س : ان يكتفي .
(١٤٢) س ب والمطبوعة : لدلالة ذلك عليها معنى .
(١٤٣) س ب والمطبوعة : حتى الآن .
(١٤٤) ب : عندنا نافية (كذا وهو سهو) .

[تغليظ اليمين على الكافر]

[٤٠٦] اما الحالف[145] الكافر ، فالتغليظ أيضا مشروع في حقه لفظا كالمسلم ، فينظر :

[تحليف اليهودي]

[٤٠٧] فان كان يهوديا احلفه بالله الذي انزل التوراة على موسى ونجاه[146] من الغرق[147] .

وهذا اللفظ يحلف به في كل يمين مخففة أو مغلظة ، ولا يحلفه بايمانهم ، [نقولهم][148] اهيا اشر اهيا[149] ، ولا بالعشر

(١٤٥) س ب والمطبوعة : اما الكافر الحالف .
(١٤٦) س : ونجاه وقومه من الغرق .
(١٤٧) قال الشافعي : وان كان المستحلف ذميا احلف بالله الذي انزل التوراة على موسى وبغير ذلك مما يعظم اليمين به ، مما يعرف انه حق وليس بباطل (الام ٦/٢٨٠) وقابل ذلك بما في ٧/٣٢ ، وبما في المختصر ٥/٢٥٤ ، وقد شرح ذلك الماوردي في أدب القاضي ح ٣ الفقرة ٤٣٢٠ وما بعدها .
(١٤٨) الزيادة من س ب .
(١٤٩) س ب والمطبوعة : لاهيا شراهيا وما اثبتناه عن الاصل ، الموافق لما في القاموس اذ جاء فيه واهيا بكسر الهمزة اشر اهيا بفتح الهمزة والشين يونانية أي الازلي الذي لم يزل ، ثم قال : وليس هذا موضعه ، لكن لأن الناس يغلطون ويقولون اهيا شر اهيا وهو خطأ على ما يزعمه احبار اليهود (قاموس شره ٤/٢٨٨) وفي المعرب : (يا هيا شرا هيا) بالتشديد سريانية (ص ٤٠٦) وفي اللسان : وقولهم هيا شراهيا معناه يا حي يا قيوم بالعبرانية (١٧/٤٠١) وقد ضبطها الأب انستاس ماري الكرملي اهيا اشر اهيا بفتح الهمزة وسكون الهاء وفتح الهمزة الثانية والشين ، وقال هي بمعنى انا هو

كلمات(١٥٠) .

وتغليظ اليمين في حقه بالمكان في بيعهم ، وبالزمان في اشرف وقت لصلواتهم .

[يمين النصراني]

[٤٠٨] وان كان نصرانيا احلفه بالله الذي انزل الانجيل على عيسى(١٥١) ، الذي ابرا له الاكمة والابرص ، واحيا له الموتى(١٥٢) .

وتغليظ(١٥٣) اليمين في حقه بالمكان في الكناس ، وبالزمان في اشرف

الذي انا او انا هو الكائن ، من العبرية ، والمراد بها انا الموجود الذي لن ازال موجودا ، وقال انها قد وردت في سفر الخروج (١٤/٣) بهذا اللفظ ووردت في الامتاع والمؤانسة (هيا شراهيا) بالتخفيف (١٦٧/٢) انظر المعجم المساعد ٧٦/٢ – ٧٧ وذكر محققاه ان الكرملي قد كتب عن هذه اللفظة في مجلة الرسالة ١٦٤٢/١٠ ، وقد ورد في كتاب (من تراثنا الشعبي) لعبدالحميد العلوجي تفصيل واف بشأنها وبشأن استعمالها في عادات الناس وموروثهم الشعبي (ص ١٣٥ – ١٣٧) وانظر حاشية الفقرة ٤٣٢٩ من الجزء الثالث من ادب القاضي للماوردي .

(١٥٠) الكلمات العشر : هي ما يسمى عند اليهود بالوصايا العشر وهي ملخص التعاليم الدينيه التي اوصى الله بها موسى وقد وردت في الكتاب المقدس انظر سفر الخروج ٢/٢٠ – ١٣ ، ١٨/٣١ ، ١٥/٣٢ – ١٩ ، ٣٤ ، وسفر التثنية ٦/٥ – ٢١ انظر بشأنها الموسوعة العربية الميسرة ص ١٩٥٣ .

(١٥١) س : على عيسى وابرائه الاكمة والابرص واحيائه له الموتى .

(١٥٢) س ب والمطبوعة : الموتى باذن الله . وانظر بشأن تحليف النصراني : الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٤/٥ ، أدب القاضي للماوردي ج ٣ الفقرة ٤٣٣٠ ، المهذب ٣٢٣/٢ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ .

(١٥٣) س : وتغلظ .

وقت لصلواتهم(١٥٤) .

[يمين المجوسي](١٥٥)

[٤٠٩] وان كان مجوسيا احلفه بالله الذي خلقه ورزقه [وصوره](١٥٦) .

وهل يحلفه(١٥٧) بالله الذي خلق النور والنار ؟ فيه وجهان .

فان تغلظت اليمين عليه ، فاجل الامكنة عندهم بيت النار ، فهل تغلظ به ؟ فيه وجهان ذكرهما الماوردي(١٥٨) والمراوزة . واختار القاضي أبو الطيب انه لا تغلظ(١٥٩) يمينه به(١٦٠) ، لانهم لا يعظمون بيت النار ، وانما يعظمون النار ، ولم يحك فيه خلافا .

واما الزمان ، فلا صلوات لهم مؤقتات ، بل لهم زمزمة(١٦١) يرونها

(١٥٤) س ب والمطبوعة : لصلاتهم .
(١٥٥) بشأن يمين المجوس انظر المصادر السابقة .
(١٥٦) الزيادة من س ب .
(١٥٧) س : يحلف .
(١٥٨) انظر أدب القاضي للماوردي حـ ٣ الفقرة ٤٣٣٤ .
(١٥٩) س ب : لا تغلظ عليه ، وهو ما اثبته محقق المطبوعة .
(١٦٠) س : اليمين .
(١٦١) ب والمطبوعة : مزمة ، وقال محقق المطبوعة : (لعل ذلك اسم عبادة عندهم ، وقد تبادر للذهن ان تكون الكلمة محرفة من ازمنة ولكن الجملة الثانية تبعد هذا الاحتمال ولم اجد في القاموس والمصباح معنى لها) هكذا قال ، وفي نسخة س (مرتبة) ، وفي الاصل : (نوبة) من غير تنقيط ، وما اثبتناه عن كتاب أدب القاضي للماوردي اذ وردت العبارة هنا مقاربة لما ورد فيه فقد قال الماوردي : (واما الزمان فليس لهم صلوات موقتات يحلفون فيها وانما لهم زمزمة

قربة ، فان كانت مؤقتة احلفوا في اعظم اوقاتها عندهم ، والا سقط عنهم تغليظ ايمانهم بالزمان[١٦٢] ، الا انهم يرون النهار اشرف من الليل ، لأن النور عندهم اشرف من الظلمة ، فيحلفون في النهار .

[يمين الوثني]

[٤١٠] وان كان الحالف وثنيا ، لم يحلفه بما يعظمه[١٦٣] من الاوثان ، ولا بالذي خلقها بل يحلفه بالله الذي[١٦٤] خلقه ورزقه واحياه .

ويسقط عنهم تغليظ ايمانهم بالمكان ، اذ لا مكان لهم ، وبالزمان ، [٤٩/ب] الا ان لهم يوما يرونه اشرف الايام ، فان بعد او تأخر[١٦٥] لم تؤخر اليمين .

[يمين الدهري]

[٤١١] وان كان الحالف دهريا ، لا يعتقد خالقا ، ولا معبودا ، احلف[١٦٦] بالله الخالق الرازق .

فان قيل : فهو لا ينزجر بها ، فما الفائدة .

يرونها قربة ، فان كانت مؤقتة عندهم احلفوا في اعظم اوقاتها وان لم تكن موقتة سقط تغليظ ايمانهم بالزمان الا انهم يرون النهار اشرف من الليل لأن النور عندهم اشرف من الظلمة فيحلفون في النهار دون الليل) ادب القاضي حـ ٣ الفقرة ٤٣٣٥ .

(١٦٢) س ب والمطبوعة : من الزمان .

(١٦٣) س ب والمطبوعة : بما يعظمونه .

(١٦٤) س : بل يحلفه بالذي .

(١٦٥) س : وتأخر .

(١٦٦) ب س والمطبوعة : احلفه .

قلنا : فيه فائدتان(١٦٧) :

احداهما : اجراء حكمنا(١٦٨) عليهم قال الله تعالى : « وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم(١٦٩) » •

والثانية : ان يزداد(١٧٠) بها اثما ، ويدركه(١٧١) شؤمها ، فربما يتعجل(١٧٢) بها انتقام •

[امتناع هؤلاء من الحلف بصيغة معينة]

[٤١٢] فلو ان الحاكم حلف اليهودي : بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والنصراني بالله الذي انزل(١٧٣) القرآن على محمد ، فامتنع من اليمين بذلك ، هل يصير ناكلا ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي عن شيخه القفال •

[حضور القاضي البيع والكنائس لتحليفهم فيها]

[٤١٣] قال الشيخ أبو علي : ولا خلاف ان القاضي يحضر بيع اليهود ، وكنائس النصارى ، ليحلفهم •

---

(١٦٧) ب والمطبوعة : قلنا اثنتان احداهما •• وفي نسخة س : فلنا لشيئين احدهما •
(١٦٨) ب س : اجراء حكمها عليهم •
(١٦٩) المائدة : ٤٩ •
(١٧٠) س ب : ليزداد وقد تصحفت في المطبوعة الى : ليزاداد (كذا بزيادة الف) وهو خطأ مطبعي •
(١٧١) س : ويناله شؤمها •
(١٧٢) س : فربما يتعجلونها انتقاما •
(١٧٣) ب والمطبوعة : انزل الفرقان •

وهل يحضر بيت النار ليحلف المجوس ؟ فيه وجهان ، وهذا قد ذكرناه .

فهذا منتهى الكلام والنظر في اليمين وصفتها وكيفيتها .

[طلب الحالف من الحاكم كتابة محضر بذلك]

[٤١٤] ويتصل بذلك انه مهما حلف الحالف ، وانتهت الخصومة بين المتداعيين بحلف احدهما ، فطلب الحالف من الحاكم ان يكتب له محضرا بما جرى عنده كتب .

و [هل](١٧٤) هو واجب أو مستحب ؟ فيه وجهان(١٧٥) .

[٤١٥] ويستحب ذكر الحلية مع النسب ، ثم ان كان كل منهما معروفا بالنسب عنده كتب اسمهما ونسبهما وحضورهما لديه ، وتداعيهما ، وما انتهت اليه خصومتهما ، حسبما وقع عنده(١٧٦) .

[صورة المحضر]

[٤١٦] فيكتب بعد البسملة : حضر مجلس الحكم العزيز بمدينة كذا حرسها الله تعالى [لدى الحاكم بها يومئذ فلان ، وسنذكر ما تليق

---

(١٧٤) الزيادة من س ب .

(١٧٥) ورد في حاشية الاصل قوله : (الاصح الاستحباب) .

(١٧٦) العبارة المبتدئة بقوله : ويستحب ذكر الحلية .. المنتهية هنا سقطت من س ، واقحمت في نهاية الاسطر الثلاثة الآتية بعد قوله : (واحضر معه فلان بن فلان بن فلان) فليلاحظ ذلك .

كتابته(١٧٧) في ذلك جملة في موضعه ان شاء الله تعالى](١٧٨) بتاريخ كذا وكذا ، فلان بن فلان ، واحضر معه فلان بن فلان ، فادعى المبدوء بذكره على المثنى بذكره كذا ، ويصف دعواه ويحررها الى اخرها ، وسؤاله التسليم اليه والجواب ، فاجاب المدعى عليه بكذا وكذا ، فان كان انكر الدعوى واحلفه على نفي استحقاق المدعى به ، وسال(١٧٩) الحاكم كتبه(١٨٠) المحضر ، شارحا فيه ما جرى بينهما ، ليبرا عن اليمين التي حلفها في هذه الدعوى ، كتب له ذلك كذلك .

وان [كان](١٨١) اعترف بصدق المدعي في دعواه ، وسأله المدعي كتبه(١٨٢) المحضر شارحا فيه اعترافه له بذلك ، ليكون المحضر حجة بيده ، حذارا من انكار المدعى عليه بعد ذلك ، كتب له ذلك .

[٤١٧] هذا اذا عرفهما [٥٠/أ] نسبا واسما . وان لم يعرفهما ، فهو محل النظر والاشكال .

قال القاضي أبو الطيب ، وتلميذه الشيخ أبو نصر وغيرهما : اذا سأله الحالف(١٨٣) كتبه(١٨٤) المحضر كتب : حضر رجل ذكر انه

---

(١٧٧) ب كتبته .

(١٧٨) الزيادة من س ب ، وسيرد ذلك في الباب السادس من هذا الكتاب .

(١٧٩) ب س والمطبوعة : وسأله ، وهو سهو .

(١٨٠) س : كتابة وهو ما رجحه محقق المطبوعة وقال : (وفي الاصل كتبه وهو تصحيف أو حسب قواعد الخط السابقة) وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ، والكتب : مصدر كالكتابة .

(١٨١) الزيادة من س ب .

(١٨٢) س والمطبوعة : كتابة .

(١٨٣) في الاصل : الحاكم وهو سهو وما اثبتناه عن س ب وعن سياق الحديث السابق .

(١٨٤) س والمطبوعة : كتابة .

فلان بن فلان ، ومن حليته(١٨٥) كيت وكيت ، [واحضر رجلا ، ذكر انه فلان بن فلان ، ومن حليته كيت وكيت](١٨٦) فادعى من ذكر انه فلان [بن فلان](١٨٧) على الآخر فانكر ، فطلب احلافه ، فاحلفته(١٨٨) ، أو فاقر ، أو فنكل ، وردت (١٨٩) اليمين على المدعي فحلف باحلافي ، قالوا : ثم اذا طلب الحالف من الحاكم التسجيل بذلك والحكم له به اجابه اليه(١٩٠) وحكم .

[٤١٨] هذا ملخص ما ذكروه ، وفي النفس من هذا شيء ظاهر ، وذلك ان عقد هذا المحضر ، وحكم الحاكم [على المستحلف](١٩١) للحالف ، [أو](١٩٢) على المقر للمقر له ، أو على الناكل عن اليمين للحالف المردودة عليه اذا لم يعرفهما هذا الحاكم ، ان كان الغرض منه تذكر الواقعة عند حضورهما ، والعلم بانهما هما اللذان تداعيا اولا ، وجرى بينهما ما شرح في المحضر ، ليعمل الحاكم بما جرى عنده [اذا حضرا لديه بعد علمه ، بما كان جرى عنده](١٩٤) ، فهذا غرض صحيح ، وطريق سائغ(١٩٥) ، ومقصد حسن .

---

(١٨٥) س : ومن حليته كذا وكذا .
(١٨٦) الزيادة من ب وقد سقطت من الاصل ومن س .
(١٨٧) الزيادة من س .
(١٨٨) في الاصل : فاحلف ، وما اثبتناه عن ب س .
(١٨٩) في الاصل وفي نسخة ب : ورد ، وما اثبتناه عن س .
(١٩٠) س : اجابه في سؤاله .
(١٩١) الزيادة من س ، وفي ب : على الحالف للمستحلف .
(١٩٢) الزيادة من س ب .
(١٩٣) س : اذا حضرا اليه .
(١٩٤) الزيادة من س ب .
(١٩٥) س : شائع .

[٤١٩] وان كان الغرض – من عقد هـذا المحضر وتسجيله على الحاكم بالحكم على حلية من لا يعرفه [لمن لا يعرفه][196] – المكاتبة بذلك الى بلد آخر اذا غاب الحالف المدعى عليه مثلا[197]، ليستفيد[198] بـه ، انه اذا احضره[199] المدعي المستحلف الى حاكم البلدة الثانية ، وادعى عليه بذلك المدعى به في البلدة الاولى عند حاكمها ، وانكر ، وطلب احلافه ، فحلف[200] ، ان يذكر لحاكم البلدة الثانية ، ان معه محضرا من حاكم البلدة الاولى ، يتضمن تداعيهما ، وانكاره ، واستحلافه على نفي الدعوى ، وحكم الحاكم الاول بذلك ، ويقيم[201] بينة تشهد[202] على الحاكم الاول بذلك ليقابل الحاكم الثاني بين صفات المتداعيين المذكورة في المحضر ، وبين صفاتهما المشاهدة ، ويعمل بها اذا حصل انكار من المدعى مثـلا ، قائلا : لسنا هما[203] الموصوفين[204] في هذا المحضر ، ولا طلبت من الحاكم المسمى فيه احلاف هذا[205] ، فالعمل في هذا على الحلي والصفات في غاية[206] الاشكال .

[٤٢٠] واشكل منـه ، ما لو كان المدعى عليه المجهول في المحضر اعترف بالدين المدعى به عند الحاكم الاول ، فكتب للمدعي محضرا بما

---

(١٩٦) الزيادة من س ب .
(١٩٧) س ب : مثلا اليه .
(١٩٨) س : يستفيد .
(١٩٩) في الاصل وفي نسخة س : اذا احضر .
(٢٠٠) س : وحلف لم يذكر .
(٢٠١) ب : وتقوم ، وكذا في المطبوعة .
(٢٠٢) س : وتشهد .
(٢٠٣) ب : هنا .
(٢٠٤) س : الموصوفان .
(٢٠٥) س ب والمطبوعة : في غاية البعد والاشكال .

جرى بينهما ، وباعتراف المدعى عليه ، وحكم عليه على حليته وصفنه في سجل(٢٠٧) عقد للمدعي ، واشهد(٢٠٨) عليه بذلك شهودا [٥٠/ب] فلو غاب المقر المحكوم عليه الى بلدة أخرى ، فقصده المحكوم له اليها وظفر به واحضره عند حاكمها ، وادعى عليه بذلك الدين فانكر ، فطلب احلافه منه فاجابه(٢٠٩) ، فحلف ، فاحضر المدعى المحضر الذي بيده ، واحضر بينة شهدت عنده على الحاكم الاول باعتراف رجل من حليته كيت وكيت ، ذكر ان اسمه فلان بن فلان بكذا لرجل من حليته كيت وكيت ، ذكر ان اسمه فلان بن فلان(٢١٠) .

فلو قال هذا المدعى عليه : لست هذا المقر المحلى في هذا المحضر ، والصفات تتشابه(٢١١) ، أو قال : انا المقر ولكن لرجل آخر ليس هو هذا المدعي ، أو لم اذكر ان اسمي واسم أبي ما ذكر في هذا المحضر ، فما الذي يفعله هذا الحاكم الثاني بعد قيام البينة على(٢١٢) الحاكم الاول بما في محضره وسجله ؟

لا سبيل الى الزام الخصم مع انكاره ، وحلفه ، وعدم بينة تشهد على عينه باقراره ، ولا سبيل الى الزامهما العود الى الحاكم الاول بناء(٢١٣)

---

(٢٠٧) س : في محل عقده المدعى واشهد .
(٢٠٨) ب والمطبوعة : فاشهد .
(٢٠٩) ب س والمطبوعة : فاحلفه فحلف .
(٢١٠) قوله : (بكذا لرجل من حليته كيت وكيت ذكر ان اسمه فلان بن فلان) ليس في س .
(٢١١) في الاصل : متشابهة .
(٢١٢) العبارة (الحاكم الثاني بعد قيام البينة على) سقطت من نسخة س .
(٢١٣) في الاصل : يقابلها على مقابلة الصفات .. وما اثبتناه عن ب س .

على مقابلة الصفات المذكورة في المحضر بالصفات المشاهدة في حلية[٢١٤] المدعى عليه • لأنه يقول : انا مظلوم بدعوى هذا علي ، وليس لـه حق علي[٢١٥] ، والحلى تتشابه ، وقد حلفت على عدم استحقاقه ، فلا يجوز الزامي[٢١٦] مشقة السفر ، والتعطيل عن المعيشة ، والعود الى حاكم ببلدة انا مدع اني لم احضر عنـده ، ولا اقررت بشيء ، فالحرية تأبى هـذا التكليف •

فهذا منه كلام سائغ ، والزامه العود الى الحاكم الاول في غاية البعد وربما لم يذهب اليه ذاهب •

[٤٢١] وهذا كله بخلاف ما اذا ثبت عند حاكم ملكية زيد لعبد ، أو بهيمة موصوفة بصفات ، وكان ذلك بيد من يدعيه ملكا له في بلد آخر ، واذا ثبت عنـد حاكم بلـد العبـد الموصوف بصفات مشاهدة قائمة بـه ، اشهاد[٢١٧] حاكم بلد المدعي ان زيدا مالك لعبد[٢١٨] من صفته كيت وكيت ، وقوبلت تلك الصـفات بصـفات العـبد المشـار اليـه ، فوافقت الزم[٢١٩] من في يده العبد اذا انكر استحقاق مدعيه الاول له ، حمله الى حاكم بلد زيد مدعيه ، حتى اذا حضر عنده أشار الشهود الذين شهدوا بانه ملك زيد اليه عند الحاكم[٢٢٠] ، بان هذا العبد ملك زيد ، وانه هو

(٢١٤) س ب : في خلقة المدعى عليه ، وكذا في المطبوعة •
(٢١٥) س ب والمطبوعة : وليس له علي حق •
(٢١٦) في الاصل : الزامه •
(٢١٧) س : اشهد •
(٢١٨) ب والمطبوعة : مالك العبد (وهو سهو) •
(٢١٩) في الاصل وفي ب : الزام ، والتصحيح من س ، وهو ما اختاره محقق المطبوعة •
(٢٢٠) العبارة (بانه ملك زيد اليه عند الحاكم) سقطت من س •

الذي شهدوا على صفاته [٥١/أ] بانه(٢٢١) ملك زيد .

[٤٢٢] والفرق بين المدعى عليه أولا ، وبين المدعى به اذا كان عبدا من وجهين :

احدهما : ان العبد ملحق(٢٢٢) بالاموال في غالب الاشياء ، فالتحق بالبهيمة لكثرة تبدل الايدي والملاك(٢٢٣) عليه بالبيع والشراء والهبات ، بخلاف الحر المدعى عليه .

الوجه الثاني في الفرق : هو ان الحر المدعى عليه يمكن في الغالب معرفة نسبه(٢٢٤) بالاستخبار عنه ، والاستفاضة الشائعة بين الناس ، فهو على الجملة في مظنة العلم بنسبه ، بخلاف العبد ، فانه لا يمكن معرفة نسبه أصلا .

وظهر(٢٢٥) الفرق بينهما .

[٤٢٣] فثبت بهذا ان عقد المحضر وتسجيله على مجهول بحليه

---

(٢٢١) من هنا يبتدىء ما سقط من الاصل ، وذلك في نهاية الورقة ٥٠/ب بمقدار يقرب من عشر أوراق الا ان تسلسل الاوراق لم يختل ، والظاهر ان ذلك لم ينجم عن سهو الناسخ بل عن فقدان كراسة كاملة من الكتاب والكراسة عندهم تقع في عشر أوراق على الرغم من وضع كلمة في نهاية الورقة ٥٠ ب وهي قوله للبائع وهي الكلمة التي ستأتي في المسألة الثامنة من الفصل السادس الآتي ، فليلاحظ ذلك وقد اعتمدنا في تدوين الساقط من الاصل على نسخة ب في الورقة ٤٣/أ .

(٢٢٢) س : يلحق .

(٢٢٣) ب والمطبوعة : الايادي والملاك ، وما اثبتناه عن س .

(٢٢٤) س : نسب .

(٢٢٥) س : ويظهر الفرق بينهما فيثبت .

وصفة ، عديم الجدوى على تقدير انكاره ببلد غير بلد الحاكم الذي جرى التداعي لديه ، وهذا قريب من شهادة الشاهد على رجل مجهول لا يعرفه عينا ولا اسما ولا نسبا ، اعتمادا على صفة وحلية ، فان كثيرا من جهلة(٢٢٦) الشهود يشهدون بذلك كذلك ، ومتى طلب منهم اداؤها على المشهود عليه في غيبته أو موته ، بادروا الى ادائها ، وهذا لا يجوز منهم قولا واحدا ، ولا تسمع شهادتهم على من لا يعرفونه نسبا واسما قطعا •

[٤٢٤] هذا لا اعرف فيه خلافا ، والعلماء من الشهود المتورعون(٢٢٧) لا يشهدون على مجهول عندهم أصلا ، خوفا من الوقوع في مثل ذلك ، وان وقعت منهم مسامحة في تحمل شهادة على مجهول بحلية وصفة ، فانما(٢٢٨) يفعلون ذلك اعتمادا على ادائهم للشهادة في حضور المشهود عليه ، وعلى عينه ، اذا تذكروا الشهادة عليه ، بما اعترف به عندهم ويكون ذكر الحلية والصفة في الكتاب أو الدستور مساعدا على الذكر ، ومعينا على حصول العلم بما سبق منه من الاقرار(٢٢٩) •

وسنعقد في هذا فصلا حسنا ان شاء الله تعالى في أثناء الشهادات •

* * *

---

(٢٢٦) س : من جملة •

(٢٢٧) س : والمتورعين •

(٢٢٨) س : وانما •

(٢٢٩) س : والاقرار •

الفصل الخامس

في الدعوى على الغائب والقضاء عليه

[٤٢٥] لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة رضي الله عنه في سماع الدعوى على الغائب في مسافة القصر[١] .

[٤٢٦] وتسمع الدعوى على الحاضر الممتنع عندنا ، وكذلك المتغيب في البلد .

وهل تسمع الدعوى على من هو في حد مسافة العدوى فما دونها ؟ فيه خلاف[٢] .

[٤٢٧] وكذلك هل تسمع الدعوى على الحاضر الذي ليس بممتنع عن الحضور ولا متغيب ؟ فيه خلاف ، والصحيح انها لا تسمع .

[٤٢٨] وهكذا سماع البينة عليه ، والحكم عليه ، فيه خلاف .

[٤٢٩] ثم من ادعى على غائب أو متغيب أو ممتنع ، فهل يشترط بعد صحة دعواه بالحق المدعى به ان يذكر انكار الخصم الغائب ؟ فيه

---

(١) لا يجوز القضاء على الغائب عند الحنفية ، سواء كان في مسافة القصر أو في البلد ، ولا يحكم على الغائب الا في صور معينة ، فانظر جامع الفصولين ١/٣٩ ، معين الحكام ٥٣ ، ٦٠ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٣٢ ، بدائع الصنائع ٨/٣٩١٨ ، الدر المختار ٥/٥٤٣ ، وانظر درر الحكام شرح مجلة الاحكام ٤/١٥٨ المادة ١٦١٨ .

(٢) انظر الخلاف في ذلك في مغني المحتاج ٤/٤١٤ ، نهاية المحتاج ٨/٢٦٥ ، جواهر العقود للاسيوطي ٢/٣٦٠ ، أدب القاضي للماوردي ٢/٣٠٧ الفقرة ١٢١٣ وما بعدها .

وجهان مشهوران ، العمل على انه يذكر ، ليقدر منكرا ، حتى تقوم البينة على منكر ، اذ لا وقع لها على معترف •

[نصب المسخر]

[٤٣٠] فاذا نجزت[٣] دعواه ، هل يحتاج الحاكم في جوابها الى نصب مسخر يأذن له القاضي في الجواب عن الغائب ؟ فيه وجهان مشهوران[٤] أيضا •

قال الشيخ أبو علي : الاصح عدم النصب • والمختار النصب ، لأن الدعوى تستدعي جوابا ، وقد تعذر جواب الغائب ، فمن ينصبه الحاكم يقوم مقامه منكرا ، إذ أسوأ أحوال الغائب الانكار •

[حالات المدعي في القضاء على الغائب]

[٤٣١] فاذا اجاب المسخر بالانكار ، سمعت بينة المدعي بالحق المدعى به ، فان كانت عادلة ، أو ثبت تعديلها عند الحاكم ، فللمدعي أربع[٥] أحوال :

الحالة الاولى : ان يطلب من الحاكم القضاء على الغائب وبيع ما يثبت له في بلد الحكم من عقار ، ووفاء الدين منه ، أو وفاء الدين من مال يثبت انه للغائب ، أو تسليم العين المدعى بها ان كانت الدعوى وقعت بعين •

---

(٣) س : تحررت •

(٤) انظر الوجهين في مغني المحتاج ٤٠٧/٤ ، نهاية المحتاج ٢٥٦/٨ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣٦٧/٥ ، أدب القاضي لابن القاص الورقة ٢٥/أ •

(٥) س : اربعة •

الحالة الثانية : ان يطلب من الحاكم الاشهاد عليه بثبوت الحق عنده من غير حكم •

الحالة الثالثة : ان يطلب منه نقل شهادة البينة الشاهدة عنده الى بلد الغائب •

الحالة الرابعة : ان يدعي عنده منقولا غائبا موصوفا بصفات السلم ، كملك[٦] عروض ، أو عبد ، أو أمة ، أو حيوان •

الحالة الاولى : طلب القضاء على الغائب :

[٤٣٢] والمذهب المقطوع بـه في الصـحة ، جواز[٧] القضاء على الغائب • وفيه قول قديم انه غير جائز ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ما لم يكن له تعلق بحق خصم حاضر ، وذلك في مسائل[٨] :

منها : ان يقذف عبدا ، وسيده غائب ، فيقيم العبد بينة على سيده انه اعتقه فيقضى على الغائب بذلك •

ومنها : ان يدعي على حاضر انه ضمن من غائب [٤٤/أ] مالا ، أو ان الغائب احاله بما[٩] لـه في ذمته على هـذا الحاضر ، فيقضي على الغـائب •

ومنها : ان يدعي ان الغائب بَاعَ[١٠] شقصا من هذا الحاضر ، وله فيه شفعة ، فيقضى على الغائب بالبيع •

---

(٦) س : بملك •
(٧) و (٨) انظر هذه المسائل في الفتاوى الهندية ٣/٤٣٣ وما بعدها •
(٩) ب : بما في ذمته ، وما أثبتناه عن س •
(١٠) س : ابتياع شقص •

ومنها : القضاء على الزوج الغائب بنفقة زوجته وأولاده وعبده حتى يباع العبد في نفقتهم ، ويستوفى أيضا دينه ، ان كان له دين ، أو يباع عقار يثبت[(١١)] انه ملك للغائب في نفقتهم ٠

ومنها الحكم على الغائب بنفقة حيوان غاب عنه ٠

[٤٣٣] وهـذا القول الموافق لمذهب أبي حنيفة في منع القضاء على الغائب في غير هذه المواضع لا تفريع عليه ، فاذا فرعنا [على][(١٢)] القضاء على الغائب مطلقا فانما يحكم[(١٣)] [على المدعى عليه] بعد سؤال المدعى واحلافه للحكم ٠

وقد سبق ذكر الخلاف في استحقاقها ، واستحبابها ، وكيفية اليمين وتغليظها[(١٤)] ٠

فاذا احلفه ، وسأله الحكم وجب عليه ان يحكم ، فيقول : حكمت بذلك ، أو قضيت به ، والزمت الغائب ذلك ٠

قال الشيخ أبو نصر : يقول : انفذت الحكم به ، ويشهد عليه به ، فان طلب بعد ذلك ان يسجل له بكاغد من بيت المال حاضر[(١٥)] أو من عند المحكوم له هل يلزم القاضي ان يسجل له بما ثبت عنده ، وحكم به ؟ فيه وجهان[(١٦)] ٠

---

(١١) س : ثبت ٠

(١٢) الزيادة من س ٠

(١٣) في ب : فانما يحكم عليه للمدعى بعد سؤال المدعي ٠٠ وما اثبتناه عن س ٠

(١٤) مر ذلك في الفصل الرابع السابق الفقرة ٣٨٩ ٠

(١٥) س : حاضرا ٠

(١٦) انظر المهذب ٣٠٦/٢ ٠

[٤٣٤] فان طلب من الحاكم بيع عقار للغائب ، في وفاء دينه المحكوم به ، وليس له فيما علمه مال آخر ، باع القاضي من عقاره ما يقضي به الدين بعد ثبوت ملكية الغائب له ، أو اعتراف من هو في يده ، انه ملك الغائب .

وان كان له بالبلد مال وعروض وحيوان وعقار قضى الدين من المال ، ثم باع الحيوان ، ثم العروض[١٧] ، بقدر وفاء الدين ، وامر الكاتب بكتب[١٨] سجل يشرح فيه ثبوت الدين ، والحكم به ، وبيع ما قضى به الدين ، وتركه في ديوان الحكم للغائب ، لتؤمن[١٩] دعوى هذا المدعي في وقت آخر عند حاكم آخر .

وسنذكر كيفية الكتابة في قسم الشروط الحكمية ان شاء الله تعالى[٢٠] .

الحالة الثانية : [طلب الاشهاد على الغائب بالثبوت]

[٤٣٥] ان يطلب من الحاكم الاشهاد عليه بثبوت ذلك عنده من غير حكم ، فله ذلك ، وعلى الحاكم الاشهاد به .

وهل يجب اسجاله ان طلب ؟ فيه وجهان . وقد ذكرنا فيما تقدم ان الثبوت المجرد ، هل هو حكم أم لا ؟ والمختار انه ليس بحكم ، واشبعنا[٢١] القول فيه[٢٢] .

---

(١٧) س : ثم باع العروض .
(١٨) س : وامر الكاتب يثبت .
(١٩) س : ليوفر .
(٢٠) سيرد ذلك في الباب السادس .
(٢١) س : واسبغنا .
(٢٢) مر ذلك في الفصل السادس من الباب الثاني .

وحكى القاضي أبو الطيب وتلميذه الشيخ أبو نصر : ان الشيخ أبا حامد الاسفرايني قال في نقل الشهادة : لا يقول القاضي الكاتب : ثبت عندي ، لأن ثبوته [٤٤/ب] عنده حكم به ، واختاره الشيخ شرف الدين بن أبي عصرون •

وقال الماوردي(٢٣) : هل الثبوت حكم ؟ فيه وجهان ، احدهما : قاله(٢٤) الشيخ أبو حامد الاسفرايني : هو حكم ، والوجه الثاني ، وهو أصح(٢٥) عندي : انه لا يكون حكما ، لأن الحكم هو الالزام ، وليس في الثبوت الزام ، فلا يكون الثبوت حكما •

واختار(٢٦) الشيخ أبو اسحاق ان الثبوت ليس بحكم •

الحالة الثالثة : ان يطلب(٢٧) منه نقل البينة التي شهدت عنده :

[٤٣٦] وذلك اذا ادعى المدعي بالحق على غائب ، واقام عنده بينة بذلك ، فتارة تكون البينة عنده عادلة ، وتارة لا تكون كذلك ، فيكتب الى قاضي بلد الغائب بما جرى عنده من الدعوى وسماع البينة •

ثم ان كانت عادلة عنده ذكرها ، وذكر صفة عدالتهم ، ولابد من ذكر الشهود ، ووصفهم بالعدالة ان كانوا عنده من المعدلين ، وان لم

---

(٢٣) انظر قول الماوردي في أدب القاضي له ١٠٣/٢ الفقرة ٢٢٥٣ ، وليس فيه الفقرة الاخيرة وهي قوله (فلا يكون الثبوت حكما) •
(٢٤) ب : قال ، وما اثبتناه عن س وعن أدب القاضي للماوردي •
(٢٥) س : الاصح ، وما اثبتناه عن ب وعن أدب القاضي للماوردي •
(٢٦) س : واختيار •• ويفهم قول أبي اسحاق من كلامه في كتاب القاضي الى القاضي فانظر المهذب ٣٠٥/٢ •
(٢٧) س : ان طلب •

يكونوا معدلين عنده كتب إنهم ادوا الشهادة عنده بذلك ، وسمعها فقط ، وفوض امر تعديلهم الى المكتوب اليه •

[٤٣٧] قال الامام : اتفق الاصحاب على ان القاضي اذا سمع بينة المدعي على الغائب ولم يقض بها ، كتب بها الى قاضي الغائب : اني سمعت البينة على الغائب بعد دعوى المدعي ، ويذكر المدعي باسمه ونسبه[٢٨] ، وكذلك المدعى عليه ، ويذكر الشهود واسماءهم ووصفهم بعدالة[٢٩] ان ثبتت عنده ، أو بسماع[٣٠] شهادتهم من غير قبولها ، ان لم تثبت عدالتهم عنده ، ثم يقول : وفوضت القضاء اليك •

قال الامام : اتفق الاصحاب على جوازه في الطرق ، وساعد عليه أبو حنيفة[٣١] ، وفيه اشكال ، فان سبيل هذا[٣٢] سبيل شهادة على شهادة ، فكأن القاضي شاهد فرع على شهادة أصلين ، ودليل هذا عدم قبول شهادة النقل فيما دون مسافة القصر على رأي ، ودون مسافة العدوى قولا واحدا •

قال الامام : قال القاضي : هذا[٣٣] غير منصوص عليه للشافعي رضي الله عنه ، والقياس ان لا يثبت بقول القاضي وحده شهادة شاهدين ، اذ الشهادة لا تثبت بقول واحد •

قال الامام : هذا والذي[٣٤] ذكره القاضي ليس مذهبا ولا وجها

---

(٢٨) س : ويذكر اسم المدعي ونسبه •
(٢٩) س : بالعدالة •
(٣٠) س : سماع •
(٣١) مرت الاشارة الى مظان قول أبي حنيفة وأصحابه في أول هذا الفصل •
(٣٢) في المطبوعة : هذه وهو سهو أو خطأ مطبعي وما اثبتناه عن س ب •
(٣٣) س : غير هذا •
(٣٤) س : وهذا الذي •

مخرجا ، وانما هو ابداء اشكال . والذي اجمع عليه الاصحاب[٣٥] ، ان قالوا : سماع البينة من القاضي حكم منه بقيام البينة ، والحكم على مذهبنا ليس افتتاح امر ، وانشاء شأن ، وانما هو اظهار ما تعذر ممن هو مطاع متبع ، فاذا حكم على زيد فمعناه ظهر له وجوب الحق عليه لعمرو ، والشرع الزمه اتباعه ، فكذلك اذا ظهرت البينة ، فاظهرها ، كان ذلك حكما منه في هذا الركن [٤٥/أ] ، فاذن نستجيز[٣٦] القول بان هذا حكم أو نقل ، فان احببنا قلنا : قضاء مشوب بالنقل ، أو نقل مشوب بالقضاء ، واسد العبارات ان نقول : قضاء مشوب بالنقل .

فهذا[٣٧] ما ذكره الامام ، وهو في غاية الحسن .

[٤٣٨] وليس لقائل ان يقول : هذا لا يخلو : اما ان يكون[٣٨] سماع القاضي الشهادة حكما منه بما جرى عنده ، فينبغي ان يقبل هذا الحكم منه ، في قصير المسافة وطويلها[٣٩] ، كالحكم بالحق المشهود به ، ولا سيما اذا كانوا معدلين عنده ، فيكون قضاء منه بتعديلهم ، فيلحق بكل حكم صدر منه ، وان لم يكن حكما منه بشيء ، بل مجرد اخبار[٤٠] منه ان البينة شهدت عنده بذلك ، كان ناقلا لشهادتهم ، فيصير كشاهد فرع ينقل شهادة شاهد أصل[٤١] . ولا عهد لنا بقبول شهادة[٤٢] فرع واحد على اصلين ، لأن الامام قد اجاب عن هذا فقال : انه قضاء مشوب بنقل ،

---

(٣٥) والذي اجتمع عليه الاصحاب .
(٣٦) س : استجيز .
(٣٧) س : هذا .
(٣٨) ب : كان .
(٣٩) س : قصر المسافة وطولها .
(٤٠) س : اختيار .
(٤١) س : فيصير كشاهد فرع ينقل شهادة أصل .
(٤٢) س : ولا عهد لنا بقول شاهد .

أو نقل مشوب بقضاء ، وهذا كلام فقيه لطيف المعنى ، وذلك ان النقل المتمحض نقلا هو شهادة شاهد فرع ، ليس بقاض ، على شهادة أصل ليس بقاض ، فهذا محض شهادة على شهادة يعتبر فيها ما سنذكره في باب الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى[٤٣] فهو مخبر محض ، له شروط ، والمخبر ليس اهلا لحكم ، ولا لقضاء[٤٤] ، ولا لثبوت شيء عنده ، والمتمحض[٤٥] حكما ثبوت الحق عند الحاكم بطريقه الشرعي ، وحكمه[٤٦] به ، ونقل الحاكم شهادة من شهد عنده بحق ليس بشهادة على شهادة قطعا ، لأنه لا يشترط[٤٧] فيها ما يشترط في الشهادة على الشهادة بلا خلاف • وليس بحكم محض ، كالحكم بالحق المدعى به ، لاشك فيه ، لكنه اخذ شبها يسيرا من باب الشهادة على الشهادة ، وشبها من الحكم ، فصار قضاء بسماع البينة ، لكنه مشوب بنقلها ، أو نقلا[٤٨] للبينة ، لكنه مشوب بقضاء ، لانه اهل للقضاء •

[٤٣٩] وقوله : شهد عندي فلان وفلان بكذا ، قضاء منه بما ذكره عنهما •

وقوله : لو كان حكما لقبل في المسافة القريبه نحكمه بالحق المدعى به ، فلما لم يقبل ، دل على انه شهادة على شهادة •

قلنا لسنا نسلم ذلك ، لانه[٤٩] اذا ثبت الحق عنده ، وتلفظ بالثبوت

---

(٤٣) سيرد ذلك في الفصل الرابع من الباب الرابع •
(٤٤) س : قضاء •
(٤٥) س : والمحضر •
(٤٦) س : بطريق شرعي وحكم •
(٤٧) ب : لانه يشترط وما اثبتناه عن س هو الصواب •
(٤٨) س : أو نقل البينة •
(٤٩) ب : فانه •

بالبينة ، ولم يحكم ، لم يقبل في المسافة القريبة عندنا ، اذا قلنا : ان الثبوت ليس بحكم ، ومع ذلك يقبل بقوله وحده بالاجماع ، دل ، والحالة هذه ، على ما ذكرناه •

[٤٤٠] وانما في بعض ما ذكره الامام نظر ، وهو قوله : الحكم في مذهبنا ليس افتتاح امر ، وانما هو اظهار ما تعذر ، فاذا حكم على زيد لعمرو ، فمعناه ظهر له وجوب الحق على زيد لعمرو ، والشرع الزمه اتباعه [٤٥/ب] •

هذا كلامه ، وهو عندي مشكل ، فلسنا نسلم[٥٠] ما ذكره ، بل الحكم افتتاح امر لم يكن ، واظهار ما تعذر انما هو ثبوت الحق بالبينة ، لانا نعتقد ان الثبوت ليس بحكم ، وان الحكم امر وراء الثبوت ، فالحق ظهر بالبينة ، وظهر ان لزيد على عمرو درهما مثلا مشهودا به ، فاذا ثبت الحق عنده ، وتلفظ بالثبوت لم يجز له التلفظ به الا بعد ظهوره عنده بقبول الشهود ، وثبوت عدالتهم عنده •

ثم بعد ظهوره عنده اذا حكم به ، فليس معناه ظهر له وجوب الحق ، بل معناه قضى على الخصم به ، أو الزمه به ، أو حكم عليه به ، وظهوره حصل بثبوته بالبينة قبل الحكم به •

ودليل هذا ترتب أحكام كثيرة على الحكم ، لم تترتب على ثبوته قبل الحكم به ، مع ان الحق قد ظهر بالبينة العادلة بلا اشكال •

فهذا ما عندي في هذا من النظر[٥١] •

---

(٥٠) س : فلسنا نقول •

(٥١) ب : فهذا ما عندنا من هذا النظر • وما اثبتناه عن نسخة س •

الحالة الرابعة : [دعوى العين المنقولة الموصوفة]

[٤٤١] ان يدعي عنده انه مالك العرض[٥٢] الذي من صفته كذا ، أو عبدا ، أو أمة من صفته كذا ، ثم تارة يدعي انه مالك لذلك ، وانه في يد فلان بن فلان الغائب ، وتارة يدعي ملكيته مطلقا من غير تعيين الغائب الذي هو في يده ، فهل تسمع الدعوى بالمنقول الموصوف الغائب ، سواء ذكر ان فلانا الغائب سرق ذلك منه ، أو اغتصبه[٥٣] ، أو استعاره ، أو لم يذكره ، لكن ينصب مديرا يدعي عليه به •

[نصب مدير عن الغائب]

[٤٤٢] وقد اصطلح حكامنا على المدير ، والدعوى عليه ، والمدير عند بعض الشروطيين الفقهاء هو الوكيل عن المدعى عليه في سماع ما يدعى عليه ، ورد الجواب عنه ، لمن يلتمس ثبوت اقراره ببيع ، أو هبة ، أو وقف ، أو اقرار بدين أو بعقار ، أو اجارة بالتسجيل عليه •

وهذا مما وضعه المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة[٥٤] رحمه الله تعالى ، للخروج من الخلاف[٥٥] في القضاء على الغائب ، واحترازا من ابطال الحقوق ، بطول[٥٦] الزمان عليها وحدوث الموت ، وربما كان

(٥٢) ب : العروض •
(٥٣) س : غصبه •
(٥٤) نقل ابن قاضي سماونة عبارات الحنفية في نصب الوكيل عن الغائب وما يسمى بالمسخر أو المدير فانظر جامع الفصولين ٣٩/١ ، وانظر الفتاوى الهندية ٤٣٣/٣ وما بعدها •
(٥٥) في المطبوعة : لخلاف • وهو خطأ مطبعي •
(٥٦) س : يطول •

عند المقر كبر ورعونة تستحثه[٥٧] على الترفع عن حضوره الى مجلس الحكام ، ومساواة خصمه المدعى ، فينصب له وكيلا ، سموه مديرا ، يجيب عن الدعاوى التي يدعى عليه بها •

ومنهم[٥٨] من قال : المدير هو ان يدعي المدعي انه مالك مثلا لجميع العبد الارمني أو التركي الذي من صفته كيت وكيت ، وان قيمته كذا وكذا ، وانه في يد هذا الحاضر على سبيل الغصب والعدوان ، وانه يطلب تسلمه منه ، ويسأل القاضي امره بتسليمه اليه ، وجوابه عن دعواه ، فالقاضي[٥٩] يقول للمدعى عليه : ما تقول في دعواه ؟ فيجيبه بالانكار ، فيقيم المدعى البينة •

فهذا المدعى عليـــه [٤٦/أ] المجيب يسمى مديرا ، مشتقا من ان بجوابه دارت القضايا عند الحكام ، اذ لولا جواب المدعى عليه لما سمع من المدعى دعوى لا على مدعى عليه •

واصطلح الحكام عليه مع ما فيه من كذب المدعي ، وكذب المدعى عليه ، وعلم القاضي بذلك •

لكن قيل : ان القاضي حسينا[٦٠] قال : هذا كذب محطوط[٦١] ، اذ علم ان القصد منه التوصل الى اثبات الحقوق بما لا ضرر فيه ، ولا مقصود منه الا ترويج اثبات الاحكام[٦٢] والتسجيل على الحكام •

---

(٥٧) ب والمطبوعة : يستحثه •
(٥٨) س : وقال بعضهم •
(٥٩) س : فللقاضي ان يقول •
(٦٠) ب س والمطبوعة : ان القاضي حسين •
(٦١) ورد في حاشية قليوبي : وجاز انكار مسخر وان كان كذبا للمصلحة ٣٠٨/٤ •
(٦٢) س : اثبات الحقوق •

[٤٤٣] وعندي في هذا نظر ، اذ يمكن التخلص من هـذا الكذب الذي لا ضـرر في تركه وارتكابه ، ولا حاجـة اليه لا حاقة(٦٣) ولا ما دونها ، وهـو ان يكلف المدعى احضار المدعى عليه ، ان كان حاضرا مقدورا على احضاره ، وان كان غائبا ، فللمدعي طرق في استعلام الغائب المستولي على ملكه ، وكشف حاله ، واستخبار اسمه ونسبه ، فاذا حصل علمه بذلك ادعى عليه حقيقة ، وخلص من التورط في الكذب .

فهذا اولى عندنا من الهجوم على كذب من مدع ومن مدعى عليه ، بجواب ، مع علـم القاضي بكذبهما ، وقـد شاهدنا مرة ، وسمعنا مرات كثيرة ، ان دأب الوكلاء ببلدان كثيرة بالشام والعراق اثبات كتب تضمنت ابتياع عقارات من بائعيها ، وقبض كالبائعين الاثمان ، وتسليم المشتري المبيع من بائعه ، بالدعوى على من كان حاضرا معهم في المجلس .

فكل وكيل يدعي على وكيل آخر ، ويفي الآخر لصاحبه بالجواب .

هذا مع حضور المتبايعين بالبلـد ، وامكان حضورهما الى مجلس الحكم واستنطاقهما بالتوكيل ، بأن يوكل المشتري وكيلا مثبتـا ، والبائع يوكل وكيلا مجيبا نافيا ، حتى تقوم البينة على وكيل لمدعى عليه ثابت الوكالة منكر .

وما سبب اصطلاحهم(٦٤) على هذا ، واتفاقهم عليه الا علمهم بموافقة كل واحد من المتبايعين وتصديقهما لما جرى بينهما ، وعلم البائع ان المشتري يروم اثبات شرائه ورضاه بذلك ، وان البائع لو حضر وسئل عما جرى

---

(٦٣) س : لا جافة ، وفي المطبوعة : لا خافة به ولا ما دونها ، وقد علق عليها المحقق بقوله : (وقد تكون الكلمة لاجابة أي لاجابة الدعوى) انتهى . وما اثبتناه عن ب ومعنى الحاجة الحاقة : النازلة الشديدة .

(٦٤) س : اصطلاحهم عليه .

بينهما لصدقه ، فاكتفى الوكلاء بهذا القدر ، وسامحهم الحكام به .

وهذا قريب من اقامة البينة على البائع الحاضر ، بانه وكل زيدا في الجواب ، مع امكان(٦٥) حضوره في المجلس ، وتكليفه الاعتراف بالوكالة عند الحاكم ، فانه قد سمعت(٦٦) البينة بالتوكيل فقط قولا واحدا مع حضوره بالبلد ولم يخرج على الخلاف في جواز سماع الدعوى على حاضر من غير حضوره ، أو حضور وكيله .

قال الاصحاب : سومح بهذا في الوكالات فقط لما ذكرناه [٤٦/ب] .

[الدعوى على حاضر بدون احضاره]

[٤٤٤] واصل هذه المسامحة في هذا كله وقوع الخلاف في جواز سماع الدعوى على الحاضر من غير احضاره مجلس الحكم ، وكل ما وقع الخلاف فيه بين الائمة ، فهو في الجملة في محل المسامحة .

[الحكم بالشهادة على ما ينقل من الاعيان الغائبة]

[٤٤٥] عدنا(٦٧) الى المقصود . فاذا ادعى أنه مالك العرض الفلاني الذي من صفته كيت وكيت الغائب عن هذا البلد ، أو العبد الفلاني الذي من صفته ، كيت وكيت الغائب عن البلد ، وذكر قيمة ذلك ، وذكر انه في يد فلان بن فلان الغائب ، أو انه في يد زيد هذا الحاضر غصباً وتعديا(٦٨) ، وسأل سؤاله ، وصحح دعواه ، فاجابه المسخر بالانكار ، وطلب اقامة البينة على ذلك بالصفة ، هل(٦٩) تسمع البينة بذلك ؟ فيه قولان مشهوران ، العمل

---

(٦٥) س : مع انكاره في المجلس (وهو سهو) .

(٦٦) س : سمع .

(٦٧) ب : عندنا .

(٦٨) في هامش ب : متعديا ، وما اثبتناه عن س .

(٦٩) س : وهل .

على انها تسمع(٧٠) .

وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير : الصحيح انها لا تسمع البينة بذلك ، قال وهو القياس ، ومذهب أبي حنيفة ومحمد ، لكثرة الاشتباه(٧١) .

[٤٤٦] فان قلنا : تسمع البينة على العين الغائبة المنقولة الموصوفة بالأوصاف المشروطة في صحة السلم فهل يحكم الحاكم بها ، ويقضي للمشهود(٧٢) له بها أم لا ؟

قال الشيخ أبو علي : فيه قولان ، واطلق ، وقال عنده انه لا يحكم بها ، لأن اختياره ان لا تسمع البينة ، فالحكم بها اولى ان لا يجوز .

وقال الماوردي(٧٣) : هل يجوز الحكم بشهادة البينة على ما ينقل من الاعيان الغائبة ؟ فيه قولان ، احدهما : وهو المنصوص عليه ، وحكاه الشافعي(٧٤) عن أبي حنيفة ومحمد ، واختاره المزني انه لا يجوز ، حتى يشير الشهود اليها بالتعيين ، قال : وهذا أصح القولين ، والمعول عليه ، والثاني : يجوز (٧٥) الحكم بها كالعقار ، وفيه قول ثالث مخرج

---

(٧٠) انظر ذلك في نهاية المحتاج ٨/٢٧٥ ، حاشية قليوبي وعميرة ٤/٣١١ ، مغني المحتاج ٤/٤١١ .
(٧١) انظر جامع الفصولين ١/٥٤ .
(٧٢) س : الشهود (وهو تصحيف) .
(٧٣) انظر قول الماوردي في أدب القاضي له حـ ٢ ص ١٠٦ الفقرة ٢٢٦٧ وما بعدها .
(٧٤) انظر حكاية الشافعي لذلك في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن ابي ليلى في الام حـ ٧ ص ١١٥ و١١٦ .
(٧٥) س : (انه يجوز) وانظر نقل الشافعي لهذا القول في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن ابي ليلى (مع الام) حـ ٧ ص ١١٥ وانظر الام ٦/٢٢٣ .

عن ابن سريج انه قال : ان اختص العبد الغائب بوصف يندر وجوده في غيره كشامة في موضع من جسده أو اصبع زائدة في موضع من يده ، أو كان مشهورا من عبيد السلطان ، لا يشاركه غيره في اسمه وصفته ومنزلته جاز الحكم بشهادتهم في غيبته والا فلا ، واجرى ذلك في الانساب فيمن(٧٦) غاب ، اذا رفع(٧٧) في نسبه حتى زال(٧٨) الاشتراك ، حكم فيها بالشهادة ، وان قربت(٧٩) وامكن اشتباهها لم يحكم(٨٠) بالشهادة الا مع التعيين .

قال الماوردي(٨١) : فان قلنا : ان الحكم لا يجوز الا مع التعيين(٨٢) ، فمي جواز سماعها والمكاتبة بها قولان .

[٤٤٧] قلت : فاذا قلنا : يجوز سماعها ، واذا سمعها وكانت عادلة عنده بعد سبق دعوى المدعي بها ، قال الشيخ أبو علي : يكتب له كتابا الى قاضي بلد العين الغائبة ، ليحضر من في يده تلك العين ، مع العين(٨٣) ، ويستحلف [٤٧/أ] المدعي بالله سبحانه ، انه مالك العين الموصوفة التي شهد له بها الشهود عند فلان القاضي ، ولم يخرج عن ملكه .

والثاني : انه يسمع البينة فقط ، ولا يحكم بها ، بل يكتب له كتابا

---

(٧٦) س : فمن .
(٧٧) س : يرفع .
(٧٨) س : يزال .
(٧٩) س : قويت .
(٨٠) س : يحكمها .
(٨١) قول الماوردي في أدب القاضي له ١٠٨/٢ الفقرة ٢٢٧٥ .
(٨٢) العبارة (قال الماوردي فان قلنا ان الحكم لا يجوز الا مع التعيين) سقطت من س .
(٨٣) س : التعيين .

الى قاضي البلد الذي[٨٤] العين به ، مضمونه : ان فلانا[٨٥] ادعى عندي على فلان الغائب ببلدك ان له في يده عبدا أو أمة ، أو دابة ، أو ثوبا ، ووصفه ، واقام على ذلك بينة عادلة • ثم القاضي المكتوب اليه يحضر من في يده العين والعين • فان لم تكن بتلك الصفات رد الكتاب ، وان كانت بتلك الصفات ، انتزع العين من يده ، وكتب صفتها وحليتها ، وختم الكتاب ، وقلده بخيط في عنق العبد ، أو ربطه على الثوب ، ان كان المدعى به ثوبا •

[٤٤٨] هذا كله قول الشيخ ابي علي ، وقوله في الوجه الاول : انه يقضي له بالبينة ثم القاضي المكتوب اليه يستحلف المقضى له ، كما وصفه من اليمين • هذا فيه نظر ، لأنه اذا حكم له بالعين التي ادعى انها في يد الغائب ، فهو حكم على غائب ، ولابد فيه من اليمين على الاصح ، فكيف حكم له بغير يمين ؟ الا ان يكون الشيخ أبو علي فرّع ههنا على ان الحكم على الغائب لا يحتاج الى يمين ، فهذا صحيح[٨٦] •

[٤٤٩] ثم ان حكم له بيمين ، وحلفه ، فالقاضي المكتوب اليه اذا ثبت عنده اشهاد القاضي[٨٧] الكاتب بذلك ، وقابل بين صفات العين المكتوبة في الكتاب الواصل اليه على يد المدعي ، وبين صفات[٨٨] العين التي احضرها من يد[٨٩] المدعى عليه ، فوجدها موافقة ، وطلب المدعي انتزاعها

---

(٨٤) في س ب : (التي) والبلد قد يذكر وقد يؤنث ، ولكنه لما قال : (العين به) ولم يقل بها صححنا الجملة الى ما يقتضيه السياق •
(٨٥) ب : ان قلنا ادعى : وما اثبتناه عن س •
(٨٦) س : فهذا هو الصحيح •
(٨٧) س : ارسال القاضي الكتاب •
(٨٨) س : وهي صفات •
(٨٩) س : في يد •

من يد من هي في يده ، سلمها اليه الحاكم من غير يمين ، الا ان يدعي ذو اليد عليه الآن ما يوجب اليمين ، كدعواه انه اشتراها منه ، أو انه وهبها منه ، او ناقل شرعي تصح الدعوى به ، فله ان يستحلفه على دعوى صحيحة توجبها •

[تسليم العين بكفيل]

[٤٥٠] ثم متى طلب المدعي من الحاكم المكتوب اليه ان يسلم اليه العبد الموصوف ، لموافقة الصفات الثابتة عند القاضي الكاتب ، فلا يسلمه اليه الحاكم المكتوب اليه الا بكفيل بقيمته[٩٠] ، ثم يدفعه اليه •

فاذا وصل بالعبد[٩١] الى بلد القاضي الكاتب ، احضر شهود الصفات ليشاهدوا العبد ، ويشهدوا على عينه ، فان شهدوا على عينه سلمه اليه ، وكتب الى القاضي الثاني ليبرىء الكفيل •

هذا قول حكاه الشيخ أبو علي • ثم قال : وقد زيف[٩٢] الشافعي هذا القول ، لأن فيه تسليم المدعى به الى المدعي قبل ثبوت ملكه واحالة[٩٣] بينه وبين ما كان في يده • قال ابن سريج على هذا القول : ان لم [٤٧/ب] يضمن المدعى قيمته ، ومؤونته[٩٤] في سفره ، واجرة مثل مدة غيبته ، لا يبعثه القاضي معه •

والقول الثاني : ان القاضي المكتوب اليه يأمر المدعى عليه ببيع العبد أو الجارية ، أو العين من المدعي ، ويجبره على البيع ، فان امتنع باعه

---

(٩٠) س : يقيمه •
(٩١) س : العبد •
(٩٢) زيّف : أي جعله زائفا ورديئا ، القاموس (زيف) ١٠٥/٣ •
(٩٣) س : واحال •
(٩٤) س : قيمة مؤنته •

القاضي عليه من المدعي ، ويأخذ الثمن منه ، ويضعه على يد عدل ، أو يأخذ كفيلا بالثمن ، ويسلم العبد اليه ، ويكتب بالقضية الى القاضي الكاتب أولا ، فان شهد شهود الصفات على عين العبد[٩٥] بالملك للمدعي بها ، حكم له بها ، وبيّن[٩٦] بطلان البيع ، لأنه باع منه ملكه ، ويبرىء الكفيل ان كان كفل عنه الثمن ، أو يرد اليه الثمن ان كان قد اخذ منه ، وان لم يشهدوا على عينه ، حكم عليه بصحة البيع منه ، ويلزمه تسليم الثمن الى البائع ان لم يكن سلمه اليه . هذا كله في العروض المنقولات والحيوانات والعبيد[٩٧] .

[٤٥١] اما الجارية ففيها وجهان :

احدهما : حكمها حكم العبد في انفاذها على يد مدعيها على ما ذكر في العبد حتى على قول بيعها منه ، لو بيعت منه ، ووطئها في الطريق كان واطئا ملكه .

قلت : وعندي ان هذا في غاية البعد ، وتسليط على الوطء في ملك متزلزل لم يستقر .

ومن أصحابنا من قال : لا تبعث الامة مع المدعي بحال ، ويقال له : متى حضرت بينتك على عينها ، انها ملكك سلمت اليك .

وقيل يبعثها القاضي مع ثقة يكون مع المدعي اما عدل ، أو امرأة[٩٨] .

---

(٩٥) ب : العين .
(٩٦) ب : وتبين .
(٩٧) ب : العبد .
(٩٨) وهو الذي ذكره الرملي واقتصر عليه (نهاية المحتاج ٨/٢٧٦) .

وحكى الماوردي[٩٩] هـذا الخلاف كلـه في التسليم الى المـدعي وكيفيته ، واختلاف العبد والامة ، وبيع العبد من مدعيه كما ذكرناه[١٠٠] ، لكنه حكى ذلك فيمـا اذا كان القاضي الكاتب سمع البينة وحكم بهـا للمدعي ، وقلنا بجواز[١٠١] ذلك •

وقد تم الكلام في هذا • وسنذكر ان شاء الله تعالى في كتاب القاضي الى القاضي شيئا من هـذا ، ونذكر ما يجب لـه ويشترط فيه ، وكيفية التحمل والاداء[١٠٢] •

[٤٥٢] فان قال قائل : اذا لم يقع الحكم بالشهادة بالعين الغائبة المنقولة الا مع التعيين من الجهتين ، فما الفائدة في سماعها على احـد القولين ، والمختار السماع عند كثير من الحكام ؟

قلنا : قال الشافعي[١٠٣] رضي الله عنه : فائدته ان لا يتكلف[١٠٤] القاضي الثاني المكتوب اليـه الكشف عن عدالتهـم ، ولا يتكلف[١٠٥] الشهود اعادة شهادتهم عند حضور العبد ، وانما يقتصرون على الاشارة بالتعيين ؟ فيقولون : هذا هو العبد الذي شهدنا به لفلان •

---

(٩٩) انظر حكاية الماوردي لهذا الخلاف في أدب القاضي ٢/١١٠ الفقرة ٢٢٨٢ •
(١٠٠) س : ذكرنا •
(١٠١) س : يجوز •
(١٠٢) سيرد ذلك في كتاب القاضي الى القاضي •
(١٠٣) انظر قـول الشافعي في كتـاب الدعوى والبينات من كتاب الام ٦/٢٦١ •
(١٠٤) س : لا يكلف •
(١٠٥) س : لا يكلف •

قال الماوردي : ويستفاد [٤٨/أ] بها عندي فائدة ثالثة ، وهو ان يموت العبد فيستحق بهذه الشهادة على ذي اليد قيمته[١٠٦] على نعته وصفته[١٠٧] .

* * *

(١٠٦) س : قيمة العبد .
(١٠٧) ب : ووصفه ، وما اثبتنـــاه عن س وعن أدب القاضي للماوردي ١٠٩/٢ الفقرة ٢٢٧٩ لأن الكلام له .

الفصل السادس

في التداعي بين المتخاصمين ، ووقوع المعارضات بينهما في بيناتهما[1] وما يوجب ترجيحا لاحدهما ، وفي الشهادة بالملك واليد المتقدمين

[٤٥٣] ونقدم على هذا قاعدة ، وهي ان مذهبنا ان بينة الداخل تقدم على بينة الخارج ، الا في مسائل :

منها اذا اقام الخارج بينة[2] انه اشتراها من ذي اليد ، واقام ذو اليد بينة انها ملكه مطلقا ، رجحت بينة الخارج[3] .

ومنها : اذا اقام الخارج بينة انه[4] اشتراها من ذي اليد ، واقام دو اليد بينة انه ورثها من ابيه ، فبينة الخارج اولى .

هـذا[5] ما ذكره القاضي في تعليقه ، وذكر الامام عنه : اذا أقام الخارج بينة بالملك المطلق ان العين ملكه[6] واقام[7] [ذو اليد بينة بالملك

---

(١) س : شأنهما .

(٢) ب : قام الخارج بينة .

(٣) انظر بشأن ذلك نهاية المحتاج ٣٣٨/٨ ، مغني المحتاج ٤٨١/٤ .

(٤) ب : قام الخارج بينة انها .

(٥) ب : هذا ذكره .

(٦) قوله : (ان العين ملكه) ليس في ب واثباته عن س .

(٧) انقطع الكلام هنا في نسختي ب وس وجاء بعده بياض فيهما ، وقد جاء في نسخة ب هنا ما نصه : (مبيض هنا في نسخة قوبلت على نسخة المصنف) وما بين القوسين زيادة يقتضيها السياق ، كما في المطبوعة .

المطلق ، أو المقيد بشراء أو ارث أو غير ذلك قدمت بينة ذي اليد] •

ومنها : اذا اقام الخارج بينة ان العين ملكه ، وان ذا اليد غصبها منه ، واقام ذو اليد بينة انها ملكه مطلقا ، قال القاضي حسين في موضعين من تعليقه : بينة الخارج اولى ، قال : وفيه اشكال ، وعند الاصحاب بينة ذي اليد اولى •

وحكى البغوي تلميذه فيها وجهين ، وقال : الاصح ان[8] بينة الداخل اولى ، مخالفا لما افتى به[9] استاذه •

وقال العراقيون كلهم أو غالبهم : بينة الخارج اولى ، ولم يحك أحد منهم فيما اعلمه فيه خلافا •

وقال الشيخ أبو علي : الصحيح انه يقضى لذي اليد •

والصحيح عندنا ما اختاره العراقيون ، وهو ان بينة الخارج ، والحالة هذه اولى لأن معها زيادة علم ، وهو غصب ذي اليد لها من الخارج ، وبينة ذي اليد اعتمدت في شهادتها على ظاهر اليد الذي قد اثبتت بينة الخارج انها غاصبة •

[ماذا يريدون بالداخل وبالخارج]

[٤٥٤] اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم ان الداخل عبارة عن ذي اليد الذي العين المدعى بها في يده ، والخارج عبارة عن المدعي الذي ليست العين المدعاة[10] في يده •

---

(٨) لفظة (ان) سقطت من ب ومن المطبوعة واثباتها عن س •
(٩) لفظة (به) سقطت من ب واثباتها عن س •
(١٠) س : المدعى بها •

فان ادعى الخارج بعين في يد ذي يد عليه ، وصحح دعواه ، ان اقر بها سلمت اليه ، وان كان انكر أو سكت[11] ، فقد سبق تفصيل ذلك في أول الدعاوى على ابلغ وجه في البيان[12] .

ولنذكر هذا الذي نحن بصدده مسائل نرسمها ليسهل تناولها .

[مسائل في التداعي بين المتخاصمين]

المسألة الاولى : [طلب الكفيل قبل اقامة البينة]

[٤٥٥] اذا انكر المدعى عليه فلم يطلب المدعي الحلف ، ولكن قال : لي بينة اقيمها ، واريد منه كفيلا في الحال .

قال الامام : [٤٨/ب] لم يلزمه بالاتفاق ، ولكن جرى رسم القضاة به .

وعندنا فيه تفصيل حسن ، ولعل رسم القضاة منزل عليه : وهو ان المدعى به ان كان دينا ، وكان المدعى عليه غريبا مجهولا ، تظهر عليه امارات التعنت[13] ، وعدم حفظ المروءة والتدين[14] ، فللمدعي طلب كفيل ، والحالة هذه .

وهكذا ان كان المدعى به عينا منقولة يمكن نقلها ، والمدعى عليه موصوف بما ذكرناه .

اما اذا كان المدعى به عقارا فليس له طلب كفيل أصلا ، كيف كان ، فان الخوف انما هو غيبته ، واقامة البينة ان غاب ممكن .

---

(١١) ب : وسكت .
(١٢) مر ذلك في أول هذا الباب .
(١٣) ب : التغيب .
(١٤) في المطبوعة : والدين وما اثبتناه عن س ب .

وان كان المدعى به دينا ، أو منقولا يمكن نقله واخفاؤه ، ولكن كان المدعى عليه قاطنا بالبلد ، أو مشهورا بالورع ، أو ظاهر المال ، بعيدا منه ان يتغيب ، فلا سبيل الى تكليفه اقامة كفيل عليه في مقابلة دعوى مجردة •

المسألة الثانية : [طلب الكفيل أو الحبس قبل تعديل البينة]

[٤٥٦] اذا أقام شاهدين ، ولم يعدلا ، والتمس من المشهود عليه كفيلا ببدنه لزمه ، فان امتنع حبس •

هذا ان كان المدعى به دينا •

ولو أقام شاهدا واحدا عدلا ، ولم يحلف ، والتمس كفيلا أو حبسا ان امتنع ، هل يجاب المدعي الى ما طلبه ؟ فيه وجهان[١٥] •

وفي العقار : اذا أقام شاهدين مجهولين ، وطلب الحيلولة بين الداخل وبينه الى ان يزكى بينته هل يجاب اليه ؟ فيه وجهان •

وفي الشاهد الواحد العدل[١٦] وجهان مرتبان ، واولى ان لا يجاب اليه •

[٤٥٧] ولو ادعت زوجة طلاقا على زوجها ، وشهد لها شاهدان مجهولان حيل بينهما الى التزكية لشرف البضع وخطره •

وهكذا لو ادعى زوجية امرأة ، واقام بينة مجهولة منعنا المرأة من الانتشار[١٧] قبل التزكية لحق البضع •

وكذلك في الامة اذا شهد لها شاهدان بالعتق مجهولان ، حيل بينهما الى التزكية •

---

(١٥) انظر المهذب ٢/٣٠٤ •

(١٦) س : المعدل •

(١٧) س : من الانشاز •

وكذلك في العبد ان طلبه ، وفي الامة لا يتوقف[١٨] على طلبها ، بل على القاضي فعله ابتداء من غير سؤالها .

ولو اقامت الزوجة[١٩] شاهدا واحدا بالطلاق أو اقام[٢٠] العبد أو الامة شاهدا واحدا بالعتق هل يحال بينهما وبين المالك ؟ فيه قولان .

[مدة الامهال للتزكية أو لتمام البينة]

[٤٥٨] ومدة[٢١] الامهال للتزكية أو لتمام البينة فيما ذكرناه ثلاثة أيام . ولا يمهل أكثر من ذلك .

[٤٥٩] ونفقة العبد والامة في مدة الحيلولة من كسبهما ، فان لم يكن فمن بيت المال ، ثم ان لم يثبت العتق يرجع[٢٢] بها على السيد لبيت المال .

المسألة الثالثة : [طلب الحجر على المدين قبل تعديل البينة]

[٤٦٠] اذا ادعى عليه دينا ، فاقام شاهدين مجهولين أو شاهدا ولم يحلف [٤٦/أ] وطلب من الحاكم الحجر على المدعى عليه خوفا من افراره بأموال ونقلها[٢٣] ببيع أو هبة ، هل يجاب اليه ؟ فيه طريقان .

وفصل القاضي حسين ، فقال : ان عرف المدعى عليه بالحيلة ، واستمرت له عادة بها حجر الحاكم عليه .

---

(١٨) س : لا يوقف .
(١٩) س : المرأة .
(٢٠) س : واقام .
(٢١) س : وهذا الامهال .
(٢٢) س : رجع .
(٢٣) س : بالعين أو نقلها .

ومما وقع عندنا في الفتاوى ، ما اذا ادعى على رجل بعين في يده ، وكان للمدعى بينة غائبة أو حاضرة ، لكنها مجهولة ، وخاف من نقلها ، أو ادعى عليه بدين ، ولـه اعيان حاضرة من عقار وغيره ، فانكر ، ولم يكن(٢٤) له بينة حاضرة ، وخيف من اقراره بما هو في يده لأولاده أو لغيرهم ، وجرى هذا في بلد قد عم هذا بينهم ، واشتهر فيما لديهم ، وهذا المدعى عليه اشهر من غيره في فعل هذا ، فالتمس المدعي الحجر عليه ، الى ان يقيم البينة ، فذكر بعضنا فيه خلافا ، ورأى بعض مذهب القاضي حسين ، ورأى بعض ان هذا كالمفلس اذا أحاطت به الديون ، وتحقق ان خرجـه أكثر من دخله ، وخيف عليـه فوات ماله ، وهناك يتعين ضرب الحجر عليه على الاصح ، فهذا قريب الشبه به ، والكل متجه محتمل •

المسألة الرابعة : [طلب التاخير لحضور الموكل]

[٤٦١] اذا ادعى وكيل ثابت الوكالة عن غائب دينا أو عينا على حاضر فاعترف ، وادعى ان الموكل ابرأه ، أو قبض منه ، وطلب تأخير التسليم الى حضور الموكل وحلفه ، قال الامام وقعت هذه المسألة بين فقهاء مرو ، وتوقف فيها فقهاء الفريقين ، فاستدرك الشيخ القفال عليهم ، وقال : يؤاخذ بالتسليم ، وتتأخر اليمين الى حضور الغائب ، اذ لو فتح هذا الباب صار ذريعة الى اسقاط حقوق الغائبين اذا ادعى بها وكلاؤهم •

المسألة الخامسة : [الاقرار لثالث]

[٤٦٢] اذا ادعى ملكا في يد انسان ، فقال : ليس هو لي ، ولا لك ، فله أحوال خمس(*) •

---

(٢٤) س : ولم تكن بينة عادلة حاضرة •

(*) س ب : ثلاث وما اثبتناه مما سيذكره في السياق اذ سيذكر خمس أحوال •

الاولى : ان يضيفها الى حاضر ثالث ، فيحضر ، فان صدقه سلمت العين الى الحاضر ، وانصرفت[٢٥] الخصومة اليه[٢٦] • وان كذبه فيه ثلاثة اوجه ، اصحها[٢٧] ان القاضي[٢٨] يحفظها الى ظهور حجة لمدعيها ، واضعفها انها تسلم الى المدعي ، ووجه ثالث : انها تترك في يد ذي اليد ، فلو رجع المقر بعد تكذيب المقر له ، وقال : غلطت ، هل يقبل ؟ فيه وجهان قبل ازالة يده ، ولا يقبل قوله بعد ازالة سلطته •

ولو رجع أيضا المقر له بعد ان كذب ؟ فيه وجهان ، ثم اذا سلمت العين المقر بها الى الحاضر المقر له ، هل للمدعي تحليف المقر ؟

ان قلنا : انه لو اقر لغرم[٢٩] للحيلولة القولية [٤٩/ب] بالاقرار للثالث ، فله تحليفه • وان قلنا : لا يغرم لم يحلفه[٣٠] •

فاذا قلنا : يحلفه ، فلو احلفه فنكل ، وردت اليمين على المدعى فحلف ، وقلنا : ان يمين الرد بمنزلة البينة ، قال بعض الاصحاب : تؤخذ العين من يد المقر له الثالث ، وتسلم الى المدعى الحالف ، لأن يمين الرد بمنزلة البينة •

والصحيح انا لا نأخذ العين[٣١] من يد هذا المقر له ، ولا نسلمها

---

(٢٥) س : ليصرف •
(٢٦) انظر بشأن هذه المسألة : الام ٦/٢٤١ ، المهذب ٢/٣١٣ •
(٢٧) في المطبوعة : اصحهما (وهو خطأ مطبعي) •
(٢٨) س : للقاضي حفظها •
(٢٩) س : يغرم •
(٣٠) س : فله تحليفه •
(٣١) لفظة (العين) سقطت من المطبوعة ، وهي موجودة في س ب •

الى المدعي الحالف ، بل نقتصر على وجوب القيمة ، لأن يمين الرد ، وان جعلت كالبينة ، لكن في حق المتداعيين ، ولا تتعدى الى ثالث •

ثم قال الامام بعد ذكر هذا ، فرع بعض المتكلفين على الوجه الضعيف القائل بانتزاع العين من يد المقر له ، وتسليمها الى المدعى الحالف ، فقال : اذا اخذت منه ، فهل له ان يغرم المدعى عليه الذي أقر له بها ، ونكل عن اليمين قيمة العين(٣٢) ، لأنه يقول له : لو حلفت يمينا صادقة ما استردها مني هذا المدعي ، فصار نكولك سببا لازالة يدي ؟ فيه وجهان ، اصحهما لا يغرم له شيئا •

قلت : وقد سبق ذكر هذه المسألة في يمين الرد الى ههنا(٣٣) ، وهي الحالة الاولى ، وقد(٣٤) ذكرناها هناك لغرض •

الحالة الثانية : [الاقرار بها لغائب]

[٤٦٣] اذا اضاف العين الى غائب فتصرف الخصومة الى الغائب(٣٥) •

وقال العراقيون : لا نحلفه(٣٦) لاجل الغرم ، وان قلنا يغرم للحيلولة لو اقر للثاني •

وقال الشيخ أبو محمد والفوراني : بل يحلف لينتزع(٣٧) العين من يده باليمين المردودة ان(٣٨) نكل ، اذ لو فتح هذا الباب صار ذريعة

---

(٣٢) س : قيمة الدار •
(٣٣) مر ذلك في الفقرة ٣٠٨ •
(٣٤) لفظة (وقد) ليست في ب واثباتها عن س •
(٣٥) انظر هذه المسألة في المهذب ٣١٣/٢ ، نهاية المحتاج ٣٥٠/٨ •
(٣٦) س : لا يحلفه •
(٣٧) س : لنزع •
(٣٨) س : لو نكل •

الى اسقاط الدعوى بالاضافة الى الغائب الذي يتعذر رجوعه ، ثم متى رجع الغائب ردت[39] العين اليه ، وعلى المدعى استئناف الخصومة معه .

[٤٦٤] ويتفرع على هذه المسألة ان المدعي في هذه الحالة ان اقام بينة على ان العين ملكه سلمت اليه قولا واحدا[40] .

ولكن هل هو قضاء على الغائب فيحتاج الى يمين ؟ أو هو قضاء على الحاضر المضيف العين الى الغائب[41] ، فلا يحتاج الى يمين المدعي ؟

قال العراقيون : هو قضاء على الغائب ، فلابد من يمين ، وعند الشيخ ابي محمد والفوراني : هو قضاء على الحاضر ، فلا يحتاج الى يمين .

هذا نقل الامام .

وقال القاضي أبو الطيب ، والشيخ أبو نصر : هل يحلف المدعي والحالة هذه اذا أقام بينة ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : نعم ، لانه قضاء على الغائب ، ومنهم من قال : لا يحلف ، وهو أبو اسحاق ، لانه [٥٠/أ] قضاء على حاضر .

ثم قال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر : وان كان للمقر بينة[42] ، انها للغائب سمعت بينته ، فاذا اقام المدعي بينة انها له ، قدمت بينته على بينة المقر ، ويكون قضاء على الغائب قولا واحدا .

---

(٣٩) س : ردت الدار .
(٤٠) انظر هذه المسألة في الام ٢٤١/٦ ، المهذب ٣١٣/٢ .
(٤١) العبارة (فيحتاج الى يمين أو هو قضاء على الحاضر المضيف العين الى الغائب) سقطت من س .
(٤٢) س : ان اقام المقر بينة .

قال : فان قيل : فلم سمعتم بينة المقر ؟ قلنا : لفائدة[٤٣] زوال التهمة عنه ، واسقاط اليمين عنه اذا ادعى المدعي انه يعلم انها له .

هذا ما قاله هؤلاء الائمة .

وقال الامام : اذا كان لصاحب اليد بينة انها للغائب فيه ثلاثة اوجه .

احدها : لا تسمع الا ان يثبت كونه وكيلا .

والثاني : تسمع لا لاثبات ملك الغائب ، بل لقطع التحليف والخصومة عنه .

والثالث : اختاره القاضي حسين ، ان ادعى لنفسه علقة ، من وديعة أو عارية ، سمعت والا فلا .

ثم ان سمعت بينة المقر للغائب[٤٤] بعد ثبوت وكالته ، واقام المدعي بينة بالملك له قدمت بينة الوكيل لاجل اليد .

وان سمعت بينته دون الوكالة لصرف[٤٥] اليمين عنه قدمت بينة المدعي .

[٤٦٥] وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر : اذا ادعى المقر ان العين للغائب وانها في يده باجارة[٤٦] أو عارية ، واقام بذلك بينة هل يقضى بهذه البينة ؟ فيه وجهان .

[٤٦٦] ومهما سلمت العين الى المدعي ببينته المترجحة[٤٧] على بينة

---

(٤٣) في المطبوعة : الفائدة ، وما اثبتناه عن س ب .
(٤٤) ب : الغائب .
(٤٥) س : ليصرف .
(٤٦) س والمطبوعة : باعارة أو اجارة .
(٤٧) س : المرجحة .

الحاضر ، كتب في سجل : ان الغائب على حجته ويده مهما عاد •

ثم متى عاد الغائب وادعى(٤٨) ، وجب عليه اعادة البينة ، ولا يغنيه ما اقامه صاحب اليد ، ولكن متى رجع جعلناه صاحب اليد ، حتى اذا اقام بينة قدمت على بينة المدعي ، وانتزعت من يده ، وان كان قد تسلمها قبل حضور الغائب •

وفرع المراوزة على هذه الحالة ما لو ادعى الحاضر المقر رهناً أو اجارة لنفسه ، هل تسمع بينته ؟ فيه وجهان ، فان قلنا : تسمع ، هل تقدم(٤٩) على بينة المدعي ؟ فيه وجهان •

قال الامام : الاظهر لا تقدم ، لانه انما تثبت(٥٠) اجارته ورهنه بعد ثبوت ملك الغائب ، فاذن لم تؤثر بينته الا صرف الحلف عنه •

الحالة الثالثة : [الاقرار لرجل مبهم]

[٤٦٧] اذا قال هذه العين لرجل لا اسميه ، المذهب ان الخصومة لا تنصرف عنه بذلك ، بل يحلف ، فان نكل حلف المدعي واخذ ، وقيل يأخذ القاضي العين ويودعها الى ان تظهر حجته •

الحالة الرابعة : [الاقرار لصبي أو مجنون]

[٤٦٨] ان يضيفها الى صبي أو مجنون انصرفت(٥١) الخصومة الى الولي ، ولا يحلف الولي أصلا ، بل تؤخر اليمين الى وقت الاهلية •

---

(٤٨) ب : واعادها •

(٤٩) س : هل تقدم بينته •

(٥٠) س : ثبت رهنه واجارته •

(٥١) س : ليصرف •

الحالة الخامسة : [الاقرار بها وقفا]

[٤٦٩] ان يقول : هي وقف على ولدي أو على الفقراء انصرفت الخصومة عنه(٥٢) اليهم ، ولم يبق على المقر الا التحليف للغريم(٥٣) .

[٥٠/ب]

المسألة السادسة

[دعوى الملك]

[٤٧٠] اذا ادعى ملكا في يده ، وصحح دعواه ، فأجاب المدعى عليه بالانكار ، وان ما في يده ملك له ، فالقول قوله مع يمينه .

فان اقام المدعى بينة بالملك له سمعت بينته بالملك المطلق قولا واحدا ، ولا يشترط في سماعها ذكر سبب الملك ، فان أراد الداخل ان يقيم بينة بالملك له قبل اقامة المدعي الخارج بينته ، وبعد وجود(٥٤) التداعي فقط ، والعين في يده ، اعني في يد الداخل المدعى عليه ، هل تسمع بينته والحالة هذه ؟ فيه وجهان .

قال القاضي حسين : الصحيح لا تسمع .

وقال الامام : المذهب انها لا تسمع .

وقالا(٥٥) : قال ابن سريج : تسمع .

ولو أراد الداخل أيضا اقامة البينة بالملك له بعد اقامة الخارج البينة المجهولة وقبل تعديلها ، هل تسمع ؟ فيه وجهان مرتبان على ما قبل اقامة البينة ، واولى بالسماع . فان عدلت بينة الخارج ، فأراد الداخل اقامة

---

(٥٢) س : عنهم .

(٥٣) ب : للتغريم .

(٥٤) س : جواب .

(٥٥) س : وقال .

بينته ، سمعت بينته قولا واحدا ، ولكن هل تسمع بينته بالملك المطلق ؟ ام يشترط في سماعها اسناد الملك الى سبب ؟ فيه وجهان ، المذهب انها تسمع مطلقة ، وفيه وجه انه لابد من ذكرها سبب الملك الداخل •

[ترجيح بينة الداخل]

[٤٧١] فان قلنا : تسمع ، فلا شك في ترجيحها على بينة الخارج ، لوجود اليد معها ، لكن هل يشترط في ترجيحها[٥٦] ان يحلف مع بينته ان طلب الخارج يمينه ؟ فيه وجهان •

فان قلنا : يحلف ، فيحلف على اثبات ملكه ، لا على نفي[٥٧] ملك الخارج •

ثم متى صار للخارج بينة مقامة عادلة وللداخل مثلها ،فلا يخلو[٥٨] اما إن ذكرت بينة الداخل سبب الملك[٥٩] أو لا ، ولم يشترطه ، فان ذكرته رجحت[٦٠] على بينة الخارج سواء ذكرت بينة الخارج سببا خارجا عن الانتقال من هذا الداخل أو لم تذكره •

وان لم تذكر بينة الداخل سبب الملك له ، ولم يشترط ذكره ، بل اطلقت الشهادة بالملك المطلق له ، وكانت بينة الخارج ذكرت سبب الملك للخارج لا من جهة هذا الداخل ، فقد وجد في حق بينة الداخل ما يرجحها وهو اليد ، ووجد فيها ما يضعفها[٦١] وهو الاطلاق ، ووجد في بينة

(٥٦) ب : ترجيحه •
(٥٧) ب : لا على ملك ، والزيادة من هامشها ومن س •
(٥٨) ب : لا يخلو •
(٥٩) س : سبب الملك له أو لا •
(٦٠) س : ترجحت •
(٦١) ب : يصفها (وهو تصحيف) •

الخارج ما يرجحها ، وهو بيان سبب الملك ، فقاعدة المذهب تقتضي ترجيح بينة ذي اليد ، ولا يبعد تخريج[٦٢] وجه فيه ٠

فلو أقام المدعي بينة انها ملكه ، واقام الداخل بينة انها ملكه ، وترجحت بينته باليد ، فلو شهدت للخارج بينة انه اشتراها من الداخل ، أو اتهبها وقبضها منه ، قدمت بينة الخارج بلا خلاف ٠

وان شهدت بينة الخارج انه اشتراها من الداخل ، وشهدت بينة الداخل انه [٥١/أ] اشتراها من الخارج قدمت بينة الداخل ، ليده ٠

[ترجيح بينة الخارج]

[**٤٧٢**] وان اقام الخارج بينة انها ملكه ، وان الداخل غصبها منه ، أو اجرها[٦٣] ، أو اودعها منه ، وأقام ذو اليد بينة انها ملكه ، قال الشيخ أبو علي : الصحيح انه يقضى لذي اليد ، قال : وقال ابن سريج : يقضى للخارج ، وكذلك قاله البغوي ٠

ومعظم الاصحاب قالوا : تقدم بينة الخارج والحالة هذه ٠ وقد سبق ذكر هذه المسألة ٠

اما اذا قامت بينة الخارج ، ولم يتمكن الداخل من اقامة بينة[٦٤] ، فسلم القاضي العين الى الخارج ، فلو احضر الداخل بينة بعد ذلك ، هل تسمع ؟

قال الامام : فيه وجهان ذكرهما القاضي ، وقال : اظهرهما :

---

(٦٢) س : ترجيح ٠
(٦٣) ب : اجره هي ٠
(٦٤) س : بينته ٠

لا تسمع ، الا ان يقيم البينة على تملك[٦٥] من جهة هذا الخارج .

قال الامام : وعليه بحث ، وهو قوله : يقيم بينة على تلقي الملك من جهة المدعي ، فان فيه نظرا ، فانه لو أقام الداخل بينة على تلقي الملك من سبب آخر ، وجب[٦٦] قبول بينته ، وانما لا تقبل اذا لم يذكر سببا اصلا ، بل شهدت بالملك المطلق بناء على دعواه الملك المطلق .

فاما اذا ادعى الملك ، وذكر مستنده وسببه وشهدت البينة بما ادعاه من الملك ومستنده ، وجب القبول ، ولا معنى لاشتراط التلقي من هذا المدعي .

[٤٧٣] قلت هذا الذي ذكره الامام هو المذهب[٦٧] ، وما نقله عن القاضي لا اعلم موافقا له من اصحابنا العراقيين ، فان اشتراط التلقي من الخارج انما يكون فيما اذا أقر الداخل بالملك للخارج ، فانه يؤاخذ باقراره اذا ثبت .

فلو أراد ان يقيم بينة بالملك المطلق ، أو بتلقي الملك من غير المقر له ، لم تسمع على المذهب ، بل لابد من بينة تشهد بناقل من جهة المقر له ، خلافا للقاضي حسين .

وهذه المسألة قد مرت في موضع ، وسنعيدها بعد هذا ان شاء الله تعالى .

فاما فيما نحن فيه ، فلم[٦٨] يوجد من الداخل اقرار[٦٩] للخارج

---

(٦٥) س : ان يقيم البينة بملك .

(٦٦) س : يوجب .

(٦٧) انظر بشأن هذه المسألة : نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ، مغني المحتاج ٤٨١/٤ .

(٦٨) ب : ولم .

(٦٩) س : اقرار الخارج .

بالملك ، والذي وجد اقامة البينة من الخارج ، وعدم تمكن الداخل من بينة تشهد بالملك ، وانتزاع العين من يده ، وتسليمها الى الخارج لعدم بينة شهدت في الحال للداخل ٠

[بينة الداخل بعد زوال اليد]

[٤٧٤] فاذا قدر عليها بعد زوال يده ، اشترط في سماع بينته ذكر سبب ما ، وهـو متجه ، اما اشتراط سبب ناقل من جهة الخارج ، فلا اتجاه له أصلا ٠

اما اذا أقام الخارج بينة ، ووقع[٧٠] القضاء بها له[٧١] ، ولم تزل بعد يد الداخل ، فلو اراد الداخل بعد نفوذ القضاء ببينة[٧٢] الخارج وقبل الانتزاع ، ان يقيم بينة على الملك له ، ويذكر السبب ، لا من جهة الخارج هـل تسمع ؟ فيـه خلاف مرتب على ما اذا اراد اقامة البينـة بعد [٥١/ب] التسليم الى الخارج ، واولى ههنا بالسماع ٠

قال الامام : ولو أراد الداخل بعد ان قضي للخارج ببينته ، وبعد تسليم العين من الداخل[٧٣] ان يدعي بالعين ، ويدعي الملك المطلق فيها ، قال الامام :

تلقيت من كلام الأصحاب ترددا في ان دعواه المطلقة هل تسمع[٧٤] ؟ وذهب الاكثرون الى سماعها بتأويل التلقي من الخارج وان لم نذكره ٠

---

(٧٠) ب : وقع ٠
(٧١) س : بماله ٠
(٧٢) س ب : بينة ، والتصحيح يقتضيه السياق ٠
(٧٣) العبارة : (بعد انقضى للخارج ٠٠) الى هنا سقطت من س ٠
(٧٤) العبارة : (قال الامام تلقيت ٠٠) الى هنا سقطت من س ٠

ومنهم من قال : لابد وان يذكر في دعواه تلقي الملك من الخارج الذي قامت له البينة •

[٤٧٥] قلت : هـذا التردد الذي حكاه الامـام لعلـه منسوب الى القاضي حسين• وقد ذكرنا ما عليه من البحث ، لانه اذا لم يقر الداخل بملك للخارج[٧٥] ، فكيف يكلف دعوى التلقي من الخارج واقامة البينة ؟ هذا ليس فيه دليل صحيح يظهر لنا فيه •

والذي رأيته أنا في تعليق القاضي ضد ما ذكره الامام عنه : قال القاضي في تعليقه في موضع : اذا اقام الداخل بينة بعد القضاء عليه ، وقبل نزع العين من يده فيه وجهان اصحهما : لا تسمع ، وبعد النزع مرتب على ما قبل النزع ، ثم قال : فرع : لو أقام الداخل بينة بعد نزع العين من يده بانه اشترى العين من الخارج ، أو اتهبها[٧٦] منه ، وأقبضتها له ، لا تقبل بينته قولا واحدا ، لأن هذا يؤدي الى نقض قضاء القاضي •

هذا لفظه ، وهو مناقض لما حكاه الامام عنه قطعا •

المسألة السابعة[٧٧] : [الاقرار لغيره ثم يدعيه لنفسه مطلقا]

[٤٧٦] من أقر لغيره بالملك ، ثم ادعاه مطلقا ، لم تقبل دعواه حتى يدعي تلقي الملك منه خلافا للقاضي حسين ، وخالف فيه جميع الاصحاب ، لانه مؤاخذ[٧٨] باقراره في مستقبل الامر ، فان الاقرار من أقوى الحجج ،

---

(٧٥) س : لهذا الخارج •
(٧٦) ب : وهبها •
(٧٧) نقل الامام تقي الدين السبكي والد صاحب الطبقات في فتاويه هذه المسألة نصا وفرع عليها مسألة فقهية فانظر فتاوى السبكي ٢/٤٩١ •
(٨٧) س : لا يؤاخذ (وهو سهو) •

عليه اعتمد السلف ، ومضت الصكوك في الاعصار الخالية ، ولولاه لم يكن في الاقارير فائدة ، ولا مبالاة بقول من يقول : امكن انتقال الملك من المقر له الى المقر بعد اقراره الاول ، فينبغي ان تسمع دعواه بالملك مطلقا ، ويحمل اطلاقه على التلقي من المقر له ، لانه لما اقر له بالملك ، ولزمه حكم اقراره ، فاذا عاد يدعيه فمعناه نقلته الي ، أو نقلته الى من نقله الي ، وهذا يمكن اقامة الحجة(٧٩) عليه(٨٠) ، فان النوافل الشرعية هي بيع أو هبة أو عوض يجري مجرى دين ، واذا امكن اقامة البينة على السبب النافل مع سابقة الاقرار وجب اظهاره ، بخلاف دعوى الملك لا مع سابقة اقرار ، فان أسباب الملك كثيرة ، فجاز اطلاق الدعوى ، والشهادة به •

المسألة الثامنة : [٥٢/أ] [دعوى الشراء من ذي اليد]

[٤٧٧] اذا اقام الخارج بينة ان المدعى به اشتراه من زيد وسلمه اليه ، وشهدت البينة بمشاهدة ذلك ، لا على اقرارهما به ، اعني اقرار هذا المدعي المشتري ، واقرار زيد البائع ، قال العراقيون ، ومنهم القاضي أبو الطيب والشيخان أبو اسحاق ، وأبو نصر : تنتزع(٨١) العين من يد ذي اليد ، ويحكم بها للخارج ، قالوا : لأن زيدا لا يسلم ما في يده ، الا وهو ملكه ، لأن الظاهر ان ما في يده ملكه •

قال القاضي أبو الطيب : وهكذا لو قالت البينة : نشهد ان زيدا وقف(٨٢) هذه الدار على عقبه ، لم تقبل حتى تقول : وقفها وكانت ملكه ، أو كانت في يده •

---

(٧٩) في متن ب : الجهة وهو تصحيف وما اثبتناه عن هامشها وعن نسخة س •
(٨٠) ب : اليه •
(٨١) س : تنزع •
(٨٢) س : اوقف •

[٤٧٨] قلت : هذه المسألة مسألة عظيمة ، أنا استشكلها جدا[٨٣] •

والذي فهمته من كلام المراوزة ومذهبهم ، انها لا تنزع من يد ذي اليد ، بمجرد الشهادة بالابتياع والتسليم ومشاهدة ذلك • الا الشيخ أبا علي السنجي ، فانه وافق العراقيين في شرحه الكبير ، بل أقول[٨٤] : لا ينبغي ان تقبل الشهادة بذلك بناء على ان الشهادة باليد السابقة لا تسمع على الاصح •

وبيان هذا هو : ان الداخل يده حاضرة محسوسة ، وهي تدل على الملك ، وقول الشاهد : اذا شهد للخارج انه يشهد[٨٥] ببيع زيد هذه العين[٨٦] من هذا الخارج ، وشهد بتسليمها منه ، وشاهد ذلك من امس[٨٧] ، أو من سنة مثلا ، فقد شهد بابتياع تضمن يدا سابقة][٨٨] للبائع ، [ثم بيد سابقة][٨٩] أيضا ، تعقبها المشتري[٩٠] ، فلا فرق بين هذا وبين قوله : اشهد انها كانت في يده امس •

ولو شهد باليد امس لم تسمع على الصحيح ، وان سمعت لم تنزع العين من ذي اليد الحاضرة بمجرد الشهادة بها ، فكذا في هذه المسألة •

---

(٨٣) س : كثيرا •
(٨٤) س : القول •
(٨٥) ب : شهد •
(٨٦) س : ببيع زيد هذه الدار مثلا •
(٨٧) س : وشاهد ذلك أمس •
(٨٨) هنا ينتهي ما سقط من الاصل ويعود الاعتماد عليه •
(٨٩) الزيادة من س ب •
(٩٠) قوله : (تعقبها المشتري) ساقط من س •

وقد اطلنا الفكر[٩١] في هذه المسألة والنظر فيها ، فلم يظهر لنا سوى ما ذكرناه ، وهو عدم انتزاع ذلك من يد الداخل ، ووافقنا على ما صرنا اليه بعض مشايخنا بالموصل ، وبين بعض الاصحاب المعاصرين[٩٢] بالشام خلاف في ذلك .

[٤٧٩] وخرجنا على هذه المسألة مسألة تقاربها وقعت عندنا في الفتاوى والاحكام ، وهو ما اذا اقام الخارج بينة ان زيدا أقر له بهذه العين التي هي الآن في يد هذا الرجل[٩٣] من مدة سنة مثلا ، وانه سلمها اليه حالة الاقرار ، وكانت في يد المقر حالة الاقرار ، وذكرت البينة مشاهدة[٩٤] التسليم الى المقر له هذا الخارج ، قال بعض من يذهب الى مذهب العراقيين في مسألة الشراء والتسليم فيه : لا فرق بين المسألتين ، وتنتزع العين من يد الداخل وتسلم الى الخارج والحالة هذه .

[٤٨٠] والذي عندنا في ذلك انه[٩٥] لا فرق بين المسألتين في عدم[٩٦] انتزاعها من يد الداخل ، بل في مسألة الاقرار اولى بأن[٩٧] لا تنتزع ، لأن الخارج لما اعترف بالاقرار من زيد له ، وبيد المقر له قبل يده ، فقد اعترف ان يد المقر ليست يد مالك ، لأن الاقرار اخبار ، والمقر بالشيء مخبر بالملك للمقر له ، وبأن يده نائبة عن المقر له فقد اعترف

---

(٩١) في الاصل : وقد اطلنا الذكر وما اثبتناه عن س ب .
(٩٢) في الاصل : العارضين ، وما اثبتناه عن س ب .
(٩٣) س ب والمطبوعة : في يد هذا الداخل . وما اثبتناه عن الاصل .
(٩٤) س : بمشاهدة .
(٩٥) لفظة (انه) سقطت من ب .
(٩٦) لفظة (عدم) سقطت من المطبوعة واثباتها عن الاصل وعن س ب .
(٩٧) س ب والمطبوعة : ان .

الخارج ان(٩٨) يد نفسه حصلت من يد(٩٩) من ليس بمالك ، بل مخبر بالملك فاولى ان لا تصلح مشاهدة [هذه](١٠٠) اليد للانتزاع من يد الداخل ، بخلاف مشاهدة(١٠١) التسليم عن بائع ، فان يد البائع يد مالك ، فاذا(١٠٢) اعترف بصيرورة يده عن [يد](١٠٣) البائع فقد اعترف بانها نتيجة يد ملك ومالك .

ثم الذي يدل على صحة ما ذكرناه في المسألتين ان مجرد اليد لا يدل(١٠٤) على الملك عندنا بمجردها ، بل لا بد من شروط تقدم ذكرها من امتداد مدة تصلح للدلالة على الملك ، وتصرف مبيح(١٠٥) من هدم وبناء واسكان وغير ذلك ، واستفاضة بين الناس بالملك لصاحبها ، وعدم المنازع(١٠٦) ، على ما تقدم ذكره(١٠٧) . ولم يوجد في هذه(١٠٨) اليد التي ذكرها الخارج في المسألتين شيء مما ذكرناه [٥١/ب] سوى اليد ، ثم حاصل ما ذكره الشاهد بمشاهدة التسليم في الشراء أو الاقرار ذكر سبب الملك ، وهو اليد ، وذكر سبب الملك لا يكفي اذا شهد بالملك ، فكيف

---

(٩٨) س ب والمطبوعة : يأن .

(٩٩) في الاصل : من زيد (وهو سهو) وما اثبتناه عن ب س .

(١٠٠) الزيادة من س ب .

(١٠١) س : مسألة التسليم .

(١٠٢) س : فلما اعترف .

(١٠٣) الزيادة من س ب .

(١٠٤) س ب والمطبوعة : لا تدل .

(١٠٥) ب والمطبوعة : وتصرف مفتتح من تهديم .

(١٠٦) س : وعدم التنازع ، وفي المطبوعة : وعدم المنازعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(١٠٧) انظر في هذه المسألة مغني المحتاج ٤/٤٤٩ ، المهذب ٢/٣٣٦ .

(١٠٨) س : في هذه المسألة اليد التي ...

يكفي اذا لم يشهد به ؟ وقد مر هذا في موضعه[١٠٩] ، فظهر[١١٠] بما ذكرناه صحة ما صرنا[١١١] اليه .

وعلى الجملة ، ففي النفس من هذا كله ، ومن مخالفة العراقيين حزازات ، والله تعالى المسؤول ان يوفق[١١٢] للعثور على الحق ، وان يهدى الى الصواب .

المسألة التاسعة : [البينة بانها كانت ملكه أمس]

[٤٨١] اذا أقام الخارج بينة انها ملكه بالامس ، ولم يتعرض للملك في الحال ، لم يحكم بهذه الشهادة على الجديد الصحيح[١١٣] .

وسبيله ان يشهد انها كانت ملكه امس ، ولم تزل الى الآن ، أو هو الآن ملكه .

هكذا قاله الامام والقاضي .

[٤٨٢] وعندي ان فيه نظرا[١١٤] ، لانه اذا شهد انه كان ملكه أمس ، ولم نقبله بمجرده على الصحيح ، فاذا قال : ولم يزل الى الآن ، كان نافيا محضا ، فلا يقبل قوله[١١٥] . نعم قوله : وهو[١١٦] الآن

---

(١٠٩) مر ذلك في الفقرة ٤٧٠ .
(١١٠) في الاصل : فظهر بهذا بما ذكرناه ، وما اثبتناه عن ب س .
(١١١) ب : ما ميزنا .
(١١٢) في الاصل : يوفقني .. يهديني .. وما اثبتناه عن س ب .
(١١٣) انظر الام ٦/٢٤١ ، المختصر ٥/٢٦٢ ، أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥١١٨ ، ٥١١٩ .
(١١٤) في الاصل وفي ب : وعندي وفيه نظر ، وما اثبتناه عن س وهو اختيار محقق المطبوعة .
(١١٦) س ب والمطبوعة : هو .

ملكه[117] ، كاف ، ويكون مستنده في قوله : وهو الآن ملكه استصحابه الملك الذي شهد به أمس ، وله ان يستصحبه اذا لم يعلم هو مزيلا له ، لكن[116] بشرط ان لا يصرح بذكر الاستصحاب[119] .

فلو [120] صرح باستصحاب الملك امس ، لعدم علمه بالمزيل : قال الاصحاب : لا يقبل ، كذكره المستند في شهادة الرضاع .

وقال القاضي حسين : يقبل ، لأنه يعلم انه[121] لا مستند له سواه ، بخلاف الرضاع فانه يدرك بقرائن لا تعبّر عنها العبارة[122] .

اما اذا قال : اشهد انه كان ملكه بالامس ولا اعلم له مزيلا ، قال بعض الاصحاب يكفي هذا ، واكثرهم قالوا : لا يكفي ، بل لابد من جزمه[123] بالشهادة [بالملك في الحال][124] .

[٤٨٣] اما اذا شهدت البينة للخارج بانه كان في يده أمس ، الجديد الصحيح انها لا تسمع[125] أيضا ، كما في الشهادة بالملك أمس ، بل اولى ان لا تسمع .

---

(١١٧) س : في ملكه .
(١١٨) س : ولكن .
(١١٩) انظر هذه المسألة في فتاوى الامام تقي الدين السبكي ينقلها عن ابن أبي الدم ويفرع عليها (الفتاوى ٢/٤٧٤ ـ ٤٧٥) .
(١٢٠) س ب والمطبوعة : ولو .
(١٢١) في الاصل : ان وما اثبتناه عن ب س .
(١٢٢) في الاصل : لا يعبر عنها بالعبارة ، وما اثبتناه عن ب س .
(١٢٣) س : من ذكره .
(١٢٤) الزيادة من س ب .
(١٢٥) ب والمطبوعة : انه لا يسمع ، وفي س : انه لا تسمع ، وما اثبتناه عن الاصل .

ومتى قلنا : تسمع الشهادة بالملك أمس ، ولم يقم ذو اليد بينة على ملكه انتزعت العين من يده وسلمت الى الخارج .

وهكذا اذا قلنا : تسمع الشهادة باليد أمس على المذهب الضعيف ، ولم تقم بينة لذي اليد بالملك ، جعل الخارج صاحب يد وسلمت العين له .

[٤٨٤] قلت : وننبه ههنا على غلطة في الوسيط ، غلطها الشيخ الغزالي رحمه الله ، فانه قال بعد ذكر الشهادة بالملك لانسان أمس ، وان الجديد لا تسمع ، قال : ولا خلاف [٥٢/أ] ان البينة لو شهدت بانها كانت[١٢٦] في يد المدعي امس قبل ، وجعل صاحب يد .

هذا لفظه ، وهو من غلطات هذا الكتاب ، والنقل الصحيح ما ذكرناه ، وهو المذكور في الطريقتين .

[الشهادة باقرار الداخل بالملك للخارج]

[٤٨٥] واما[١٢٧] اذا شهدت بينة الخارج على اقرار الداخل ان هذه العين كانت ملكا للخارج أمس ، قال القاضي أبو الطيب : يحكم بها للمدعي الخارج ، وتنتزع العين من يد الداخل لوجود الاقرار[١٢٨] .

وذكر الامام فيه خلافا ، ومال الى القبول ، قال القاضي أبو الطيب : فلو قامت بينة للخارج على اقرار الداخل انها كانت في يد الخارج أمس ، أو ادعى عليه الخارج فأقر بانها كانت في يده أمس ، قال : قال أبو العباس[١٢٩] : ان قلنا : تقبل الشهادة باليد أمس ، فالاقرار باليد امس

---

(١٢٦) س ب والمطبوعة : بانه كان .
(١٢٧) س ب والمطبوعة : اما .
(١٢٨) انظر مغني المحتاج ٤/٤٨٣ ، نهاية المحتاج ٨/٣٤٤ .
(١٢٩) أي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج وقد تقدمت ترجمته .

اولى ان تقبل ، وترجح به ، وان قلنا : لا تقبل البينة باليد امس ، فهل يقبل(١٣٠) الاقرار باليد أمس ؟ فيه وجهان •

والفرق ان البينة اذا شهدت باليد أمس فقد ثبتت اليد أمس فحسب ، والعين(١٣١) الآن في يد الداخل ، فقد حصلت يدان لهما امس ، لأن وجود يد الداخل الآن تدل على انها كانت في يده أيضا أمس ، ثم قد انفرد الداخل بيد حاضرة فقدمت الحاضرة •

اما اذا أقر باليد للخارج أمس [فقد ازال يد نفسه ، واثبتها للخارج](١٣٢) فالظاهر بقاء يد الخارج فقدمت بينته •

وقال الشيخ أبو علي : اذا أقر الداخل انها كانت في يد الخارج(١٣٣) أمس ، ففيه(١٣٤) قولان مرتبان على ما اذا شهدت باليد أمس ، واولى بالترجيح ههنا ، وان اقر انها كانت ملكا للخارج أمس ، ترجحت بينته قولا واحدا ، بخلاف البينة بالملك أمس •

المسألة العاشرة : [اقرار الداخل بملك الخارج أمس]

[٤٨٦] اذا ادعى [على](١٣٥) الداخل شيئا في يده ، ولم يسبق من الداخل اقرار مطلق للخارج ، ولا بيع ، فقال الداخل في الخصومة : كانت العين ملك هذا المدعي أمس ، قال صاحب التقريب : هل يكون

(١٣٠) ب س والمطبوعة : فهل تقبل بالاقرار •• وما اثبتناه عن الاصل •
(١٣١) س : والدار الآن •••
(١٣٢) الزيادة من س ب •
(١٣٣) قوله : (فالظاهر بقاء يد الخارج •• الى هنا) ليس في س •
(١٣٤) س ب والمطبوعة : فيه •
(١٣٥) الزيادة من س ب •

هذا كما لو شهدت بينة انها كانت في ملك المدعى أمس ؟ ام يكون هذا الاقرار [بمثابة اقرار][136] مطلق تشهد به البينة على الداخل ، انه أقر بانها كانت في ملك المدعي أمس ؟ فيه وجهان •

قال الامام : ولا نهاية للطيف[137] هذا التفصيل ، قال : ومما اوصى به المنتهى اليه ان يثبت في مضمونه ، فانه مما تعم به البلوى ، وهو جلي في نفسه ، خفي على معظم من ينتسب الى الفقه •

المسألة الحادية عشرة : [البينة بملكه منذ سنة]

[٤٨٧] اذا كانت العين في يد رجل ، فاقام خارج بينة انها له منذ سنة ، واقام الداخل بينة انها ملكه منذ سنتين ، فلا[138] خلاف في تقديم [٥٢/ب] بينة صاحب اليد[139] •

فلو شهدت بينة الخارج بالملك من سنتين ، وشهدت بينة الداخل بالملك[140] [له][141] من سنة ، نص الشافعي[142] على ترجيح بينة ذي اليد •

وذهب ابو اسحاق المروزي وتابعوه الى ترجيح[143] البينة بالملك

---

(١٣٦) الزيادة من س ب •
(١٣٧) في المطبوعة : للفظ هذا التفصيل ، وهو الموجود في س ، وفي ب : للطف ، وما اثبتناه عن الاصل •
(١٣٨) ب : ولا : س : بلا ، وما اثبتناه عن الاصل •
(١٣٩) انظر المسألة في المهذب ٣١٢/٢ ، نهاية المحتاج ٣٦٦/٨ ، مغني المحتاج ٤٨٣/٤ •
(١٤٠) س والمطبوعة : بأن الملك •
(١٤١) الزيادة من س ب •
(١٤٢) انظر نص الشافعي في المختصر ٢٦٤/٥ •
(١٤٣) س : ان ترجيح •

القديم ، فيكون هذا على قولين •

هكذا ذكره الماوردي[١٤٤] • وذكر ان الظاهر نص الشافعي ، وهو الترجيح باليد قال : وعليه الجمهور من أصحابه •

ولهذه المسألة فرع هو من تتمتها ، وهي مسألة سنذكرها سادسة عشرة ان شاء الله تعالى •

[٤٨٨] اما اذا كانت دار في يد رجل وتداعاها رجلان خارجان[١٤٥] ، وأقام احدهما بينة شهدت انها ملكه منذ سنة وأقام الآخر بينة شهدت انها ملكه منذ شهر او الآن ففيه[١٤٦] قولان :

قال الماوردي[١٤٧] : الاظهر انه تقدم بينة الملك السابق •

وقال القاضي أبوالطيب : الاصح[١٤٨] ان تقدم البينة بالملك السابق • وكذلك قال الشيخ أبو اسحاق[١٤٩] ، والقاضي حسين ، والبغوي ، والشيخ شرف‌الدين بن ابي عصرون ، والجماعة •

واما الامام ، والشيخ أبو نصر ، فلم يختارا شيئا •

واما الشيخ أبو علي فانه خالف الجماعة كلهم في شيئين : احدهما انه قال : الاصح انه لا ترجح البينة بالملك السابق ، والامر الثاني ان[١٥٠]

---

(١٤٤) انظر قول الماوردي في أدب القاضي حـ ٤ الفقرة ٥١٨٧ وما بعدها •
(١٤٥) ب : خارجيان •
(١٤٦) في الاصل وفي نسخة ب : فيه ، وما اثبتناه عن س •
(١٤٧) انظر عبارة الماوردي في أدب القاضي لـه حـ ٤ الفقرة ٥١٨٨ وفيه انه اختاره المزني •
(١٤٨) س ب والمطبوعة : الاصح تقدم •
(١٤٩) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٣١٢/٢ •
(١٥٠) س ب والمطبوعة : انه •

هذا الاصح عنده نقله عن الجديد وان المزني والربيع نقلاه ، وقال : القول القديم ، وفي البويطي[(١٥١)] واختاره المزني : الترجيح بالبينة السابقة[(١٥٢)] .

فعنده ان القديم[(١٥٣)] الترجيح ، وهو مختار الجماعة كلهم ، وان البويطي نقل ذلك . والذي ذكره القاضي أبو الطيب وغيره ان البويطي نقل التعارض وعدم الترجيح[(١٥٤)] ، فحصل التناقض بين النقلين .

المسألة الثانية عشرة : [بينة النتاج]

[٤٨٩] شهدت بينة الخارج ان الدابة التي في يد الداخل ملكه[(١٥٥)] ، نتجت في ملكه ، وشهدت بينة الداخل انها ملكه ، ولم يذكر النتاج ، أو شهدت بينة الداخل بالملك والنتاج وبينة[(١٥٦)] الخارج بالملك فقط .

نقل المزني[(١٥٧)] في هذه المسألة ان بينة النتاج مقدمة قولا واحدا ،

---

(١٥١) البويطي : أبو يعقوب يوسف بن يحيى المصري الفقيه صاحب الشافعي وخليفته في أصحابه بعده ، نسبة الى بويط وهي قرية من صعيد مصر ، وكان زاهدا متعبدا ، حمل في المحنة بالقرآن سنة ٢٣١ ومات سنة ٢٣٢هـ ، انظر تأريخ بغداد ١٤/٢٩٩ رقم ٧٦١٣ ، تهذيب التهذيب ١١/٤٢٧ رقم ٨٣٤ ، طبقات الشافعية الكبرى ٢/١٦٢ رقم ٣٩ ، طبقات الاسنوي ١/٢٠ رقم ٤ ، معجم المؤلفين ١٣/٣٤٢ ، وفيات الاعيان ٧/٦١ رقم ٨٣٥ ، فهرست ابن النديم ٣١٢ .

(١٥٢) انظر هذه المسألة في الام ٦/٢٤١ ، المختصر ٥/٢٦٢ ، أدب القاضي للماوردي ج ٤ الفقرة ٥١١٨ وما بعدها .

(١٥٣) في الاصل وفي س : للقديم .

(١٥٤) نقل ذلك الشيخ أبو اسحاق الشيرازي في المهذب ٢/٣١٢ .

(١٥٥) س : ماله .

(١٥٦) س : وبينة الداخل .

(١٥٧) انظر المختصر للمزني ٥/٢٦٤ .

وجعلها أصلا في ترجيح البينة الشاهدة بالملك المتقدم ، وهي المسألة الحادية عشرة ، وفي زعمه انه لا خلاف فيها •

قال الاصحاب : في مسألة النتاج قولان ، كالمسألة المختلف فيها ، حكاه الجماعة كلهم ، قالوا : ومن أصحابنا من قال في مسألة النتاج : تقدم البينة الشاهدة به قولا واحدا(١٥٨) [٥٣/أ] وفرق بينها وبين المسألة المتقدمة(١٥٩) •

قال [الماوردي](١٦٠) : من اصحابنا من نقل عن ابن سريج ان مسألة النتاج ليست من منصوصات الشافعي ، وانما اوردها(١٦١) المزني من تلقاء نفسه ، وذهب جمهور أصحابنا الى صحة نقله ، وان بينة النتاج أقوى عند الشافعي من البينة بقديم الملك ، وان لم تكن(١٦٢) المسألة مسطورة ، فقد نقلها(١٦٣) عنه سماعا • وهكذا ذكره(١٦٤) الشيخ أبو علي في شرحه الكبير •

المسألة الثالثة(١٦٥) عشرة : [اقرار شخص ثالث بالعين لاحد المتداعيين]

[٤٩٠] اذا تداعيا عينا في يد ثالث لا يدعيها ، وأقام كل واحد منهما

---

(١٥٨) انظر المهذب ٢/٣١٢ •
(١٥٩) ب : المقدمة •
(١٦٠) الزيادة من س ب ، وقول الماوردي تجده في أدب القاضي له حـ ٤ الفقرة ٥١٩٠ وفيه ان الذي نقل ذلك هو أبو علي بن خيران •
(١٦١) س : افردها • وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن أدب القاضي للماوردي •
(١٦٢) س : وان لم تكن البينة •
(١٦٣) س ب والمطبوعة : نقله •
(١٦٤) س : نقله عنه •
(١٦٥) س : الرابعة عشرة •

بينة بالملك له ، وتساويا في عدم الترجيح ، فلو أقر ذو اليد لاحدهما بها ، مع كونه لا يدعيها لنفسه ، هل يرجح المقر له باقرار ذي اليد له ؟ فيه قولان ، الاصح الترجيح(١٦٦) .

المسألة الرابعة عشرة : [اقامة المدعى عليه البينة على رد بينة المدعى]

[٤٩١] اذا أقام الخارج بينة على انسان بحق ، فاقام المدعي عليه بينة ان بينة المدعي شهدت بذلك عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما ، بطلت شهادتهما ، وان ثبتت توبتهما وعدالتهما على المذهب ، وفيه وجه بعيد انها تقبل الآن .

قال في الانتصار(١٦٧) : وهو بعيد ، لأن ظهور توبتهما وعدالتهما يتهمان فيها لقصد تنفيذ القول .

---

(١٦٦) لفظة (الترجيح) سقطت من ب ومحلها بياض فيها ، وقال ناسخه ما نصه : (بياض في الاصل) وقد سقطت عبارة (الاصح الترجيح) من نسخة س ، اما المطبوعة فقد زاد محققها بعد كلمة (الاصح) ما نصه : الاصح (ان يقضي للمقر له ويعتبر اقراره مرجحا لتعارض البينتين ، ويصبح المقر له هو صاحب اليد) وقال في الهامش : (ما بين القوسين من عندي اكملته حسب الاحكام الفقهية) فلينظر ذلك .

(١٦٧) الانتصار : هو كتاب الانتصار لمذهب الشافعي للقاضي عبدالله بن محمد بن أبي عصرون الموصلي الشافعي المتوفى ٥٨٥هـ (وقد مرت ترجمته) وهو كتاب في أربعة مجلدات (كشف الظنون ١/١٧٤) ومنه نسخة في أربعة أجزاء مصورة في معهد المخطوطات العربية بالقاهرة برقم ٢٥ ـ ٢٨ فقه شافعي ، مصورة عن نسخة أحمد الثالث والفاتح (فهرس المخطوطات المصورة لفؤاد سيد ١/٢٨٨) وقد أشار محقق المطبوعة هنا وكما سيأتي في الفقرة ٥٤٩ الى انه لابي العباس بن سريج ، وابن سريج وان كان له كتاب بهذا الاسم لكنه من الكتب المفقودة ، وقد جزمنا بنسبة الكتاب الموجود هنا الى

[٤٩٢] ولو أقام الخارج بينة بالملك له ، فقال الداخل : هو يعلم ان شهوده فسقة وطلب احلافه على نفي العلم بفسقهم هل تسمع منه دعواه ويحلف ؟ فيه وجهان اصحهما عندي نعم ٠

[٤٩٣] وكذلك لو قال : اقر لي بهذه العين ، هل له تحليفه ؟ فيه وجهان يجريان في كل ما ليس عين الحق المدعى به ، ولكنه ينفع(١٦٨) في الحق المدعى به ٠

ولو اقر به هل يحلف اذا طلب ؟ فيه وجهان [الاصح نعم ٠

[٤٩٤] وكذلك لو توجهت اليمين على المدعى عليه ، فقال : قد حلفني مرة في هذا الحق ، فحلفه انه لم يحلفني ، هل تسمع هذه الدعوى ويحلف ؟ فيه وجهان](١٦٩) ٠

[٤٩٥] ولا خلاف انه(١٧٠) لا تسمع الدعوى على الحاكم والشاهد

ابن أبي عصرون لأن كتاب ابن سريج ليس مشتهرا فلم ترد له الا اشارة عرضية في طبقات السبكي ٣٨/٣ ولم يذكره المترجمون لسيرته في حين ان كتاب ابن أبي عصرون من الكتب المشتهرة المتداولة ، وقد استفاد منها الفقهاء كالسبكي (طبقات ١٣٢/٧ ، ١٣٥ ، ١٣٧) والاسنوي (طبقات ١٩٤/٢) وابن خلكان (وفيات الاعيان ٥٤/٣) والذهبي (سير أعلام النبلاء حـ ٢١ رقم الترجمة ٦٠ بتحقيقنا) هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد ان الكلام المذكور هنا موجود بنصه في كتاب الانتصار لشرف الدين بن أبي عصرون — نسخة معهد المخطوطات رقم ٢٨ فقه شافعي جـ ٤ الورقة ١٥٣ب ٠

(١٦٨) س : ولكنه سمع ، وفي المطبوعة ٠ ولكنه يسمع ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن سياق الكلام الآتي ٠

(١٦٩) الزيادة من س ب ٠

(١٧٠) س : انها ٠

بالكذب ، ولا يتوجه عليه الحلف[١٧١] ، وان كان ينفع ، وسببه انه يؤدي الى فتح باب يجر الى فساد عظيم .

المسألة الخامسة[١٧٢] عشرة : [تعارض البينتين]

[٤٩٦] اذا تعارضت البينتان ، فان[١٧٣] كانتا مطلقتين ، أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو احداهما مطلقه والاخرى مؤرخة[١٧٤] : فمذهب الشافعي رضي الله عنه ان الحكم فيهما سواء[١٧٥] ، وقد تعارضت البينتان ، وفيهما قولان : اصحهما انهما تتهاتران ، وتصيران[١٧٦] كما لو لم تكن[١٧٧] بينة .

وهذا [هو][١٧٨] اختيار الجماعة العراقيين وبعض المراوزة[١٧٩] .

والثاني يستعملان .

وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال :

احدها : يوقف الامر الى ان يصطلحا .

والثاني : يقسم بينهما .

---

(١٧١) س ب والمطبوعة : ولا يتوجه الحلف (بسقوط لفظة : عليه)
وانظر بشأن هذه المسألة : مغني المحتاج ٤/٤٧٦ . نهاية المحتاج ٨/٣٣٤ .

(١٧٢) س : السادسة عشرة .

(١٧٣) ب : وان .

(١٧٤) س ب والمطبوعة : والاخرى مقيدة .

(١٧٥) انظر المسألة في مغني المحتاج ٤/٤٨٢ ، نهاية المحتاج ٨/٣٤٣ .

(١٧٦) س ب والمطبوعة : ويصير .

(١٧٧) س ب والمطبوعة : كما لو لم يكن لواحد منهما بينة .

(١٧٨) الزيادة من س ب .

(١٧٩) انظر مغني المحتاج ٤/٤٨٢ ، نهاية المحتاج ٨/٣٣٩ ، المهذب ٢/٣١٢ .

والثالث : يقرع بينهما . [٥٣/ب]

[٤٩٧] فلو خرجت القرعة لواحد منهما[١٨٠] هل يحلف على ان العين ملكه ؟ فيه وجهان ، أصحهما عند الشيخ ابن أبي عصرون : لا يحلف .

فان قلنا يحلف ، هل يتوقف على طلب المدعي الآخر ؟ هذا لم أره مصرحا به الى الآن ؟ والذي فهمته من كلام الاصحاب ، انه لابد من طلب الخصم .

وقال الماوردي[١٨١] : هل يحلف من خرجت القرعة[١٨٢] له ؟ فيه قولان ، من اختلاف قولي الشافعي رضي الله عنه في القرعة ، هل دخلت ترجيحا للدعوى أو البينة ؟ فيه قولان : ان قلنا لترجيح البينة[١٨٣] ، فلا يحلف[١٨٤] ، وان قلنا لترجيح الدعوى[١٨٥] فيجب احلافه[١٨٦] .

فعلى هذا يكون فيما يثبت[١٨٧] به الحق وجهان : احدهما باليمين مع البينة وتكون يمينه : بالله ان ما شهدت به بينته حق ، وهذا قد نص عليه

---

(١٨٠) لفظة (منهما) سقطت من س ب ومن المطبوعة .
(١٨١) انظر أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥١٠١ في تعارضهما في عقد الاجارة .
(١٨٢) س ب والمطبوعة : من خرجت قرعته له .
(١٨٣) س : للترجيح للبينة .
(١٨٤) في الاصل : فلا أحلاف .
(١٨٥) س : للترجيح للدعوى .
(١٨٦) في أدب القاضي للماوردي فيجب احلاف المدعي .
(١٨٧) في الاصل وفي ب وفي المطبوعة : ثبت ، وما اثبتناه عن س وعن أدب القاضي للماوردي لأن الكلام له .

الشافعي[188] ، والثاني ان الحق ثبت بيمينـه ترجيحا[189] بالبينة ، وعلى هذا يحلف بالله : لقد اكتريت منه الدار بكذا •

وقال ابن سريج : متى اشتملت احدى البينتين على زيادة في المشهود بـه حكـم بازيد البينتين[190] ، فان كان الاختلاف في الاجرة حكـم باكثرهما[191] قدرا ، فان كان في المدة حكم باكثرهما مدة •

والصحيح التعارض

[٤٩٨] فان قيل : فاذا كانت العين المدعى بها في يد ثالث يدعيهـا لنفسه ، وقد ادعاها خارجيان ، واقام كل واحد منهما بينة شهدت انها له ، ولم يوجد في احداهما ترجيح على الاخرى وقلنا بالتعارض والتهاتر على الصحيح وفرعنا عليه ، ولا شك ان القول قول ذي اليد مع يمينه فهـل تنزع العين من يد[192] ذي اليد ، لأن البينتين اتفقتا على انها ليست[193] ملكا لذي اليد ، فكان تجب ازالة يده •

قلنا : لا تزال يده قولا واحدا ، لأن كل بينة لم يثبت بها ما شهدت به ، فلم تكن حجة لصاحبها على ذي اليد ، فلم تنتزع يد ذي اليد بذلك •

---

(١٨٨) انظر كلام الشافعي في ذلك في الام ٦/٢٨٠ •

(١٨٩) س : وتترجح •

(١٩٠) العبارة (على زيادة في المشهود به حكم بازيد البينتين) سقطت من ب •

(١٩١) ب : باكثرها ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س وعن أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥١٠٢ ، في مسألة كون البينتين مطلقتين ليس فيهما تاريخ •

(١٩٢) س والمطبوعة : من ذي اليد ، وعبارة (مع يمينه فهل تنزع العين من يد ذي اليد) سقطت من ب •

(١٩٣) لفظـة (انهـا ليست) سقطت من متن ب وثبتها مصححها على هامشها •

ثم قال الماوردي[١٩٤] بعد حكاية الاقوال في تعارض البينتين ، قال : اذا تعارضت البينتان في عقد الاجارة ، لم يخرج في تعارضهما فيه الا قولان : احدهما اسقاطهما ويتحالف المتداعيان[١٩٥] ، والثاني : الاقراع ، ولا يجيء فيه [تخريج القول الثالث انه يقسم بينهما ، لأن قسمة العقد لا تصح ، ولا يجيء فيه][١٩٦] تخريج القول الرابع انه يكون موقوفا ، لأن وقف الدعوى والبينة متعذر [٥٤/أ] .

هذا لفظه .

وغيره قال : لأن العقود لا توقف .

المسألة السادسة(١٦٧) عشرة : [تعارض دعوى الغصب مع اقرار ذي اليد لاحدهما]

[٤٩٩] دار في يد رجل تداعاها[١٩٨] رجلان [ادعى][١٩٩] واحد انها له غصبها منه ذو اليد ، واقام على ذلك بينة ، واقام الآخر بينة انها له أقر له بها ذو اليد ، حكم بالدار للمغصوب منه .

فان قيل فهل[٢٠٠] على المقر الذي ثبت غصبه غرم لمن اقر له بها

---

(١٩٤) أدب القاضي له ح ٤ الفقرة ٥١٠١ ، بايجاز .
(١٩٥) في الاصل وفي نسخة ب : المداعيان ، وما اثبتناه عن س وعن أدب القاضي للماوردي .
(١٩٦) الزيادة من س ب ومن أدب القاضي للماوردي .
(١٩٧) س : السابعة عشرة ، وهو سهو . وهذه المسألة في المختصر ٢٦٢/٥ ، الام ٢٤٢/٦ أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥١٢٣ .
(١٩٨) في الاصل : يدعيها وما اثبتناه عن س ب .
(١٩٩) الزيادة من س ب .
(٢٠٠) في الاصل : هل .

على[٢٠١] احد قولي الغرم ، كمن اقر بدار لزيد ثم اقر بها لعمرو ؟

قلنا : لا غرم[٢٠٢] ههنا قولا واحدا بخلاف تلك المسألة لأن استهلاك الدار على المقر له ههنا كان بالبينة ، بخلاف مسألة الغرم في أحد القولين ، فان الاستهلاك كان على الثاني باقراره الاول[٢٠٣] فغرم[٢٠٤] .

المسألة السابعة[٢٠٥] عشرة : [تعارض البينتين بالوديعة والاجارة]

[٥٠٠] عين في يد رجل ، قال مدع : هي لي ، اودعتكها[٢٠٦] ، واقام بينة على ذلك ، وقال آخر[٢٠٧] : هي لي اجرتكها ، واقام على ذلك بينة ، تعارضت بينتاهما ، وفيها الاقوال .

المسألة الثامنة عشرة : [دعوى العين وهي في ايديهما]

[٥٠١] اذا كان في يدهما دار ، فاقام كل واحد منهما بينة انها له ، ولم تتقدم بينة في تاريخ على بينة أخرى ، بل تساوتا ، فقد اقام كل منهما بينة بملك جميع الدار التي نصفها بيده ، ونصفها بيد الآخر ، فصار له فيما بيده بينة داخل ، وفيما في يد صاحبه بينة خارج ، فتعارض البينتان في الدخول والخروج .

---

(٢٠١) س : على قول الغرم .
(٢٠٢) س والمطبوعة : قلنا لا غرم لمن أقر له بها ههنا قولا واحدا ، وفي أدب القاضي للماوردي : لا غـرم عليـه ها هنا قولا واحدا حـ ٤ الفقرة ٥١٢٥ .
(٢٠٣) ب والمطبوعة : للاول ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س .
(٢٠٤) س : فيغرم .
(٢٠٥) س : الثامنة عشرة : وهكذا سائر المسائل بزيادة رقم ، وهـذه المسألة في أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥١٢٧ .
(٢٠٦) س : اعرتكها .
(٢٠٧) في الاصل : الآخر .

فان قلنا : انهما تسقطان ، حلف كل[٢٠٨] واحد منهما لصاحبه ، واقرت الدار في ايديهما •

وان قلنا تستعملان وتقسم بينهما ، فلا يمـين عليهما ، بل تجعـل في يدهما •

[٥٠٢] اما اذا شهدت بينة احدهما بقديم[٢٠٩] الملك ، وشهدت[٢١٠] بينة الآخر بحديث الملك[٢١١] ، فان لم يوجب هذا ترجيحا ، فالجواب ما مضى ، وان اوجب ترجيحا ، وهو تقديم بينـة الملك القديم ، خلص لصاحبها النصف الذي بيده ، ويقابل في النصف الآخر ترجيح البينـة بقديم الملك وترجيح البينة[٢١٢] بحديث الملك بيده •

فعلى قول أبي اسحاق المروزي ، يحكم به لمن ترجحت بينته بقديم الملك ، فتصير جميع الدار له •

وعلى الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه وجمهور أصحابه يحكم بالنصف الآخر لصاحب اليد ، لأن الترجيح باليد عند[٢١٣] هؤلاء أقوى من الترجيح بقديم الملك ، فتصير الدار بينهما نصفين بغير يمين منهما ولا واحدا •

المسألة التاسعة عشرة : [تعارض بينة الملك بالسبب مع بينة الملك المطلق]

[٥٠٣] أقام الخارج بينة ان العين ملكه ، اشتراها من فلان ، أو

---

(٢٠٨) ب : كل منهما •
(٢٠٩) س : بتقدم •
(٢١٠) س : وشهدت الاخرى للاخرى •
(٢١١) ب س والمطبوعة : بحديث ملك •
(٢١٢) قوله : (بقديم الملك وترجيح البينة) ليس في س •
(٢١٣) في الاصل وفي س ب : عندها ولا أقوى (كذا) •

اتهبها وقبضها ، وبينت[٢١٤] سبب الملك ، وأقام ذو اليد بينة انها ملكه ، واطلقت ، [٥٤/ب] ولم تبين سببا ، نص الشافعي رضي الله عنه ان بينة الداخل اولى ، لأن معه بينة ويدا • وعند ابن سريج بينة الخارج اولى ، لأن معها زيادة علم[٢١٥] •

المسألة العشرون : [بينة القبض وبينة السبب]

[٥٠٤] اذا شهدت بينة لمدع ان الداخل باعه هذه العين [وشهدت بينة لمدع آخر انه باعه هذه العين][٢١٦] وقبضها منه ، هل تترجح بينة القبض ؟ فيه وجهان ، ونص الشافعي على الترجيح به ، لأن القبض منبرم[٢١٧] ، بخلاف قبل القبض ، فانه متردد [فلذلك][٢١٨] تقدم بينة القبض •

المسألة الحادية والعشرون : [بينة الشراء مع بينة الشراء والعتق]

[٥٠٥] رجل في يده عبد ادعى عليه رجل انه اشترى منه هذا العبد واعتقه ، وادعى آخر[٢١٩] انه اشتراه منه ، واقام كل[٢٢٠] واحد منهما بينة ، اختلف فيه أصحابنا : منهم من قال : تتعارض البينتان ، وهو الاظهر ،

---

(٢١٤) في الاصل : وثبت •
(٢١٥) ورد في حاشية الاصل تعليق لناسخه على هذه المسألة جاء فيه : (قد تقدم في المسألة السادسة من هذا الفصل ما يقتضي ان المرجح عند المصنف ما ذهب اليه ابن سريج) وانظر هذه المسألة في أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٠٤٣ •
(٢١٦) الزيادة من س ب •
(٢١٧) في الاصل : لانه بالقبض مقدم ، وما اثبتناه عن س ب •
(٢١٨) الزيادة من س ب •
(٢١٩) في الاصل : الآخر •
(٢٢٠) س ب والمطبوعة : كل منهما •

ومنهم من قال : بينة العتق اولى ، ذكره أبو الطيب الطبري •

المسألة الثانية والعشرون : [تداعي الشيء في ايديهما دون بينة]

[٥٠٦] تنازعا دارا في يدهما(٢٢١) ، ادعى كل واحد ملك جميعها ، [ولا بينة لهما](٢٢٢) تحالفا عليها ، فيحلف كل واحد منهما انه مالك لنصفها ، ولا يحلف انه مالك لجميعها وان كان مدعيا لجميعها ، وفيه وجه آخر : انه يحلف على الجميع اعتبارا بالدعوى •

هكذا ذكره الماوردي(٢٢٣) •

وقال القاضي أبو الطيب في التعليق : يحلف على النصف ، ولا يجوز ان يستحلف على الكل ، قال : ومن صار الى انه يحلف على الكل فقد اخطأ • قال : وهكذا الحكم فيه اذا تداعيا حائطا بين داريهما ، أو سقفا بين سفل وعلو يحلف كل واحد منهما على النصف ، ولا يحلف على الكل لما بيناه •

وقال الماوردي في كتاب الصلح : اذا تداعيا حائطا بينهما ولا بينة لواحد منهما ولا دلالة ، جعل بينهما نصفين ، وفي قدر(٢٢٤) ما يحلف كل واحد منهما وجهان : احدهما يحلف على نصفه ، لأنه يحلف على ما يصير اليه بيمينه ، وهو النصف • والثاني : وهو قول جمهور الاصحاب : انه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه ، وهو يدعي جميعه •

ثم على كلا الوجهين لابد من ان يتضمن يمينه النفي والاثبات ، لانه

---

(٢٢١) س : يديهما ، وفي أدب القاضي للماوردي : في ايديهما •
(٢٢٢) الزيادة من س ب ، وفي أدب القاضي للماوردي : وعدما البينة •
(٢٢٣) انظر أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٢٩٢ •
(٢٢٤) س : وفي قدر كل ما •

ينفي(٢٢٥) ملك غيره ويثبت ملك نفسه ، لكن(٢٢٦) هل يكتفي منه بيمين واحدة للنفي والاثبات ؟ ام(٢٢٧) لابد من يمينين احداهما للنفي والاخرى للاثبات ؟ فيه وجهان •

هذا كلام الماوردي في كتاب الصلح •

وقال(٢٢٨) الماوردي(٢٢٩) في متاع البيت اذا اختلف فيه الزوجان [٥٥/أ] ولا بينة لهما ولا لاحدهما(٢٣٠) : يحلف كل(٢٣١) واحد منهما على نصفه ، وجعل بينهما نصفين ، ولا يحلف على ما في يد صاحبه(٢٣٢) • وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يحلف كل واحد على جميعه(٢٣٣) ، وهذا يناقض(٢٣٤) ما ذكره في مسألة الحائط ، ويجب طرد الخلاف في [مسألة](٢٣٥) متاع البيت •

---

(٢٢٥) ب : نفى •
(٢٢٦) س والمطبوعة : ولكن •
(٢٢٧) س : أو •
(٢٢٨) س : ثم قال •
(٢٢٩) انظر أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٥٠٨ ـ ٥٥٠٩ •
(٢٣٠) س : لواحد منهما •
(٢٣١) س : حلف •
(٢٣٢) في أدب القاضي : لانه يحلف على ما في يده ولا يحلف على ما في يد صاحبه •
(٢٣٣) في أدب القاضي للماوردي : يحلف كل واحد منهما على جميعه لأن عنده ان يد كل واحد منهما على جميعه وانظر رأي الامام أبي حنيفة وأصحابه في تكملة فتح القـدير ٢٠٩/٦ ، بدائع الصنائع ٣٩٩٩/٨ ، معين الحكام ١٣٦ ، رد المحتار ٥٦٣/٥ ، درر الحكام ٣٤٢/٢ •
(٢٣٤) س : مناقض •
(٢٣٥) الزيادة من س •

وقال الشيخ أبو علي : يحلف كل واحد : بالله لا يلزمني تسليم ما في يدي اليك ، ثم يقسم[٢٣٦] نصفين بينهما •

وقال الشيخ أبو نصر : يحلف كل واحد منهما على ما في يده وهو نصفه •

المسألة الثالثة والعشرون : [تعارض البينتين في الشراء]

[٥٠٧] ادعى رجل انه ابتاع هذه[٢٣٧] العين من زيد بمائة ، ونقده الثمن ، واقام بينة بذلك ، وادعى آخر انه ابتاعها أيضا من زيد بمائة ، ونقده الثمن ، واقام[٢٣٨] بينة • فان كان تاريخهما واحدا ، أو مطلقتين ، أو احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة نظرت :

فان كانت العين في يد واحد منهما قضي بها لمن هي في يده ، وان كانت في يد زيد البائع تعارضتا وسقطتا على الصحيح ، ورجعت الى من في يده[٢٣٩] العين فان[٢٤٠] انكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا منفردة ، وان أقر لاحدهما سلمت اليه ، ويحلف[٢٤١] للآخر[٢٤٢] على أصح القولين • وان أقر لهما جعلت بينهما نصفين وحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر على أصح القولين •

---

(٢٣٦) س : قسم •
(٢٣٧) س : هذه الدار •
(٢٣٨) س ب والمطبوعة : واقام عليه بينة •
(٢٣٩) س : في يده الدار •
(٢٤٠) س : فان انكرها •
(٢٤١) س والمطبوعة : ولا يحلف ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •
(٢٤٢) ب : الآخر •

المسألة الرابعة والعشرون : [دعوى الحرية]

[٥٠٨] اذا تنازعا[٢٤٣] عبدا بالغا في يد انسان فادعى انه حر الاصل ، فالقول قوله مع يمينه ، وان كان صغيرا لا تمييز له[٢٤٤] وكان السيد يدعي [رقه ، ويستخدمه ويستسخره فالقول قوله •

فلو ميز[٢٤٥] هذا][٢٤٦] الصغير ، وادعى انه حر الاصل ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان مأخوذان من صحة اسلامه ، فان قلنا : لا يقبل قوله في حال تمييزه ، فلو بلغ فادعى انه حر الاصل ، هل يقبل قوله أيضا ؟ فيه قولان •

اما اذا كان لا[٢٤٧] يتصرف في الصغير[٢٤٨] تصرفا يستدعي الملك ، ولم يدع[٢٤٩] رقه ، فمن اصحابنا من قال : لا يحكم برقه ، حتى اذا بلغ وادعى الحرية قبل مذهبا واحدا ، ومنهم من قال : هذا بمثابة ما لو ادعى رقه ، أو تصرف تصرفا يستدعي الملك ، هذا ما ذكره الامام والقاضي حسين •

وقال القاضي أبو الطيب الطبري : اذا كان في يده صغير لا يميّز ،

---

(٢٤٣) س ب والمطبوعة : اذا رأينا عبدا •
(٢٤٤) س ب والمطبوعة : لا يميز •
(٢٤٥) في حاشية الاصل وفي ب : تميز ، وما اثبتناه عن س •
(٢٤٦) ما بين القوسين ساقط من متن الاصل وثبت على حاشيته ، وهو موجود في س ب •
(٢٤٧) س ب والمطبوعة : لم يتصرف •
(٢٤٨) في الاصل وفي ب : في الصغر ، وما اثبتناه عن س •
(٢٤٩) في الاصل : ولم يدع رقه ، وما اثبتناه عن س ب •

فادعى[٢٥٠] انـه ملكه ، حكم لـه بانه مملوكه[٢٥١] ، فلو بلغ وقال : لست بمملوك له ، لم نلتفت الى قوله ، لأنا قد حكما بانه ملكه ، واستقر ذلك ، فلا نزيله بقوله ، [٥٥/ب] ولكن له استحلافه •

وهكذا الحكم فيه اذا كان الصغير في يده ، ولم يدع ملكه الى ان بلغ وادعى[٢٥٢] ملكه وانكر الصغير ذلك ، لم يلتفت الى انكاره •

اما اذا كان الصغير مميزا ، ظاهر المذهب انه لا يحكم لمن هو في يده بالملك[٢٥٣] ، ومن اصحابنا من قال : يحكم له [بملكه][٢٥٤] وهو الصحيح • هذا ما ذكره الطبري •

وقال الماوردي[٢٥٥] : اذا كان في يده عبد صغير لا يميز ، فادعى رقه حكم له به ، فان بلغ وادعى الحرية ، لم يقبل قوله ، ولو كان الصغير يستخدمه ذو اليد ولم يدع رقه حتى بلغ ، فادعى رقه بعد بلوغه هل يحكم له برقه بدعواه ؟ فيه وجهان : احدهما نعم ، وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني ، والثاني : لا ، وهو اظهر الوجهين عندي ، اما اذا كان مميزا ففي ثبوت رقه بمجرد اليد وجهان : هذا ما ذكره الماوردي •

وقال الشيخ أبو نصر : اذا كان الصغير في يد انسان ، ولا تمييز له ،

---

(٢٥٠) س والمطبوعة : وادعى •
(٢٥١) س : بانه ملكه •
(٢٥٢) س ب والمطبوعة : فادعى •
(٢٥٣) س ب والمطبوعة • بالملك له •
(٢٥٤) الزيادة من س ب •
(٢٥٥) انظـر كلام الماوردي في أدب القاضي لـه حـ ٤ الفقـرة ٥٢٧٤ — ٥٢٧٥ •

فادعى انه له ، ثبت له ذلك بقوله ، فلو بلغ ، وادعى[٢٥٦] الحرية لم يقبل قوله ، ولو كان الصغير في يده يستخدمه ذو اليد[٢٥٧] ، ولم يدع رقه ، حتى بلغ فادعى الحرية ، وادعى من كان في يده انه عبده ، فالقول قول ذي اليد مع يمينه •

وحكى القاضي أبو الطيب في شرح الفروع وجها : انه اذا بلغ كان القول قوله مع يمينه ، اما المميز هل يثبت الملك[٢٥٨] عليه بدعوى من[٢٥٩] في يده الرق مع انكار المميز ؟ فيه وجهان •

قال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير : اذا كان في يده صغير لا يميز ، ويدعي رقه فيحكم[٢٦٠] له به ، فلو بلغ وادعى الحرية ، هل يقبل قوله[٢٦١] ؟ فيه وجهان : قال العراقيون : لا يقبل ، [والثاني : يقبل][٢٦٢] ، وعلى المدعي البينة • وهكذا[٢٦٣] لو كان يتخول[٢٦٤]

---

(٢٥٦) قال محقق المطبوعة : ان هذه اللفظة وردت في النسخة ب بلفظ (ادعى) بسقوط الواو ، وليس ذلك كما يقول : بل وردت فيها مقترنة بالواو •

(٢٥٧) العبارة في س ب والمطبوعة : ولو كان الصغير في يده يستخدمه ويستسخره لكن لم يدع رقه فلما بلغ ادعى الحرية •• وما أثبتناه عن الاصل •

(٢٥٨) س : هل تثبت اليد •

(٢٥٩) س ب والمطبوعة : من هو في يده •

(٢٦٠) س : يحكم •

(٢٦١) لفظة (قوله) سقطت من ب •

(٢٦٢) الزيادة من س ب •

(٢٦٣) س : وهذا •

(٢٦٤) ب : تخول • ومعنى يتخول : يتعهد ويرعى كما في القاموس (خول) •

الصغير في يده ، لكن(٢٦٥) لم يدع ملكه ، حتى بلغ ، ثم ادعى ملكه ، وانكر ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان • اما المميز اذا ادعاه ذو اليد فانكر هو ، وقال : انا حر الاصل ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان(٢٦٦) •

المسألة الخامسة والعشرون : [هل يشترط اقرار العبد برقه للبائع حين شرائه]

[**٥٠٩**] اذا اشترى عبدا او امة ، وكان بالغا ، فالاحتياط ان يسأل المشتري عن رقه ، فان اعترف انه رقيق للبائع اشتراه ، وهل يشترط في صحة شرائه اقراره لبائعه بالرق ؟ المشهور لا يشترط •

وقال الشيخ أبو محمد : لابد من هذا ، فلو اشتراه ولم يعترف بالرق للبائع ، ولا قامت بينة برقـه(٢٦٧) ، ولا على اقراره بالرق للبائع ، ثم ادعى انه حر الاصل ، ولم يحكم برقه للبائع بناء على انه [٥٦/أ] كان في يده صغيرا يستخدمه ويدعي رقه ، فالقول قول العبد مع يمينه والحالة هـذه •

فاذا(٢٦٨) حلف وانتزع من يد المشتري ، فهل يرجع على البائع بالثمن الذي قبضه منه ولم يعترف المشتري أيضا بالملك للبائع ؟

قال القاضي أبو الطيب الطبري في شرح الفروع : انه لا يرجع قولا واحدا ، بخلاف ما لو ثبتت حريته بالبينة ، فانه يرجع بالثمن •

---

(٢٦٥) س والمطبوعة : ولكن •

(٢٦٦) تكرر هنا في نسخة ب الكلام المبتدىء بقوله : (هل يثبت الملك عليه بدعوى من هو في يده الرق مع انكار المميز فيه وجهان وقال الشيخ أبو علي ٠٠) الى هنا •

(٢٦٧) س : على رقه • في

(٥٦٨) ب والمطبوعة : واذا •

وقال الامام في هذه المسألة : قال الشيخ أبو علي : في الرجوع بالثمن نظر ، وبالجملة فالمسألة متجهة(٢٦٩) .

المسألة السادسة والعشرون : [في اشتمال احدى البينتين على زيادة عدد ، أو تفردت(٢٧٠) بما يظن ترجيحا والخلاف في ذلك]

[٥١٠] وهذه المسألة تجري مجرى قاعدة متأصلة في تعارض البينتين ، فنقول :

اذا شهد لاحد المتداعيين شاهدان عدلان ، وللآخر ثلاثة أو أربعة أو خمسة(٢٧١) عدول ، فلا ترجح(٢٧٢) بزيادة العدد عندنا على القول الجديد .

وقال في القديم : ترجح به(٢٧٣) .

[٥١١] ولو أقام احدهما شاهدين ، واقام الآخر شاهدا وامرأتين ،

---

(٢٦٩) ورد في حاشية الاصل هنا تعليق للناسخ نصه : قال في الروضة في هذه المسألة فاذا حلف حكم بحريته في الظاهر ، ثم اطلق ابن الحداد انه لا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، وفصل أكثرهم فقالوا : ان لم يصرح في منازعته بانه رقيق رجع ، وان صرح فعلى الوجهين . انتهى .
قلت : وقد ورد هذا الكلام في الروضة للنووي حـ ١٢ ص ٢٨ بنصه .

(٢٧٠) س ب والمطبوعة .أو تفرد بما .

(٢٧١) ب : أو خمسة غير عدول .

(٢٧٢) س ب : فلا ترجيح .

(٢٧٣) انظر القولين القديم والجديد في نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، مغني المحتاج ٤٨٢/٤ ، المهذب ٣١٢/٢ ، المختصر ٢٦١/٥ ، الام ٢٥١/٦ – ٢٥٢ ، أدب القاضي للماوردي حـ ٤ الفقرة ٥٠٤٤ وما بعدها .

فالمذهب طرد القولين • وقيل يقدم الشاهدان •

[٥١٢] ولو أقام احدهما شاهدين[٢٧٤] ، واقام الآخر شاهدا واحدا ، وحلف معه ، ففيه قولان ، الاصح الجديد : ترجيح الشاهدين[٢٧٥] •

[٥١٣] [ثم][٢٧٦] حيث ترجحت احداهما ، فلو انضمت اليد الى البينة الضعيفة ففيه[٢٧٧] وجهان : احدهما التساوي ، والثاني : ترجيح الضعيفة باليد •

[الترجيح بزيادة العدالة]

[٥١٤] واما الترجيح بزيادة العدالة ، فالمذهب المقطوع به انه لا ترجيح[٢٧٨] ، وللشافعي رضي الله عنه قول قديم انه يرجح بها[٢٧٩] ، حكاه الشيخ أبو علي •

ومن [أصحابنا من][٢٨٠] قال : ليس هذا بقول قديم للشافعي ، وانما حكاه عن مذهب مالك[٢٨١] •

---

(٢٧٤) س ب والمطبوعة : ولو أقام احدهما شاهدين وشهد للآخر شاهد ويمينه فيه قولان الاصح الجديد •• وما اثبتناه عن الاصل •

(٢٧٥) لأن الشاهد واليمين موضع خلاف بين الفقهاء •

(٢٧٦) الزيادة من س ب •

(٢٧٧) س ب والمطبوعة : فيه •

(٢٧٨) س ب والمطبوعة : لا ترجيح به •

(٢٧٩) في الاصل : به ، وفي نسخة ب : لا ترجيح بها (وهو سهو) •

(٨٢٠) الزيادة من س ب •

(٢٨١) انظر رأي الامام مالك في تبصرة الحكام ١/٣٠٨ ، الفروق ٤/٦٢ ، حاشية الدسوقي ٤/٢٢٠ ، قوله وانما حكاه عن مذهب مالك ، ذكر ذلك الماوردي في أدب القاضي ح ٤ الفقرة ٥٠٤٦ •

[٥١٥] قلت : ومما يدور في خلدي : انــه لو كانت بينة احدهما يعرفها[٢٨٢] القاضي بالعدالة ، أو زكيت عنده تزكية مطلقة ، وزكيت بينة الآخر تزكية مقيدة ، فيما شهدت به ، وقبلنا التزكية المقيدة[٢٨٣] ، هل يكون هذا من قبيل زيادة العدالة ؟ أو يكون من قبيل الشاهدين في مقابلتهما شاهد ويمين ؟ من حيث ان الشاهدين انما ترجحا[٢٨٤] على الاصح ، لانها بينة مجمع على قبولها ، بخلاف الشاهد واليمين وفي مسألة التزكية المقيدة كذلك [٥٦/ب] بل أولى ؛ لأنها مختلف فيها عندنا ، فهو أقرب الى الضعف[٢٨٥] من خلاف ابي حنيفة وأصحابه في الشاهد واليمين[٢٨٦] ، فينبغي ان يكون فيها خلاف ، والاصح ترجيح البينة المزكاة مطلقا ، ويتجه خلافه .

* * *

---

(٢٨٢) س : يعرفهما .

(٢٨٣) المشهور في المذهب انها لا تقبل لأن العدالة لا تتبعض ، وقال بعض الاصحاب : تقبل وقد مر ذلك في الفقرة ١٢٦ .

(٢٨٤) س : يرجحان .

(٢٨٥) س : الى الثبت (وهو تصحيف) .

(٢٨٦) يرى الحنفية عدم جواز القضاء بشاهد ويمين خلافا لجمهور الفقهاء فانظر رأيهم في بدايع الصنايع ٢٩٢٣/٨ ، تكملة فتح القدير ١٥٥/٦ ، الدر المختار ٥٤٩/٥ ، درر الحكام ٣٣٣/٢ .

الفصل السابع

في دعوى بعض الورثة دينا لمورثه[1]

واثبات ما يخص المدعى منهم

[٥١٦] اما اذا مات رجل عن دين ، وخلف ورثة ، فان ادعى الكل به ، أو وكيل[2] عنهم، وكانوا اهلا للدعوى والتوكيل ، وأقاموا بينة عادلة على الدين استحقوه جميعا[3] .

وهكذا ان اقاموا شاهدا واحدا ، وحلفوا جميعا استحقوا .

وكيفية اليمين : ان يحلف كل[4] واحد منهم بالله ان مورثه يستحق في ذمة هذا المدين ألف درهم ، وان الشاهد بها صادق فيما شهد به ، وقد ثبت من قبل مثلا موت رب الدين ، وعدة ورثته ، أو يحلف بالله انه مستحق[5] بطريق الميراث عن مورثه من جملة دين جملته ألف درهم ، كذا وكذا درهما ، وان شاهده[6] صادق فيما شهد به .

قال الشيخ أبو علي : يحلف كل وارث على جميع الحق ، لأنه يثبته لمورثه لا لنفسه .

---

(١) س ب والمطبوعة : لمورثهم ، وما اثبتناه عن الاصل .
(٢) س : وكل .
(٣) انظر هذه المسألة في كتاب الام للشافعي ٦/٢٤٥ .
(٤) س ب والمطبوعة : كل منهم .
(٥) في الاصل : يستحق وما اثبتناه عن س ب .
(٦) في الاصل : وان شاهدي .

هذا اذا حلف الكل .

[٥١٧] اما اذا حلف البعض دون البعض ، استحق الحالف دون الناكل [وفيه قول ان ما اخذه الحالف يشاركه فيه بقية الورثة ، والاول أصح ، حكاه القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر][٧] .

فلو مات الناكل لم يكن لوارثه ان يحلف .

وان مات بعض الورثة قبل النكول ، حلف ورثة من لم يحلف ، لكن هل تجب اعادة الشهادة ؟ فيه وجهان .

[كذلك لو جاء هذا الوارث بشاهد آخر ، هل تجب اعادة الشاهد الاول ؟ فيه وجهان][٨] مبنيّان على ان دعوى وارث الوارث هل هي دعوى جديدة ؟ أو في حكم البناء ؟

اما اذا كان فيهم حاضر وغائب ، فحلف الحاضر مع الشاهد اخذ قدر حصته .

وهل يخرج من يد الغائب ؟ فيه قولان :

فان قلنا : لا يخرج ، فاذا قدم الغائب ، أو افاق المجنون ، حلف من غير حاجة الى اعادة الشاهد شهادته ، واذا حلف الحاضر العاقل مع شهادة الشاهد ، واخذ قدر حصته ، هل يشاركه فيها الغائب اذا حضر ؟ فيه قولان[٩] .

اما اذا أقام الحاضر شاهدين ، وبقية الورثة اما غائب أو صبي أو

---

(٧) الزيادة من س ب .

(٨) الزيادة من مصحح الاصل في حاشيته ومن س ب .

(٩) جاء في حاشية الاصل تعليق على ذلك هنا وهو (الاصح من القولين ان له المشاركة فيه قطع الجمهور) .

مجنون ، انتزع[(١٠)] ولي المحجور عليهم نصيبه قولا واحدا ، عينا كان المدعى به أو دينا .

واما نصيب الغائب فينتزع أيضا ان كان عينا[(١١)] ، وان كان دينا ، فوجهان : قال الامام يجريان في كل من اقر لغائب بدين ، هل ينتزعه القاضي منه ؟ [٥٧/أ] فيه وجهان .

وان اقر بأن[(١٢)] بيده عينا غصبها لفلان الغائب ، انتزعها القاضي [منه][(١٣)] قولا واحدا .

[اقرار ذي اليد لأحد الورثة]

[٥١٨] اما اذا ادعى الوارثان عينا في يد ذي يد بانها ملك ابيهما ورثاها عنه ، فأقر لواحد منهما ، وأخذ نصيبه ، نص الشافعي[(١٤)] رضي الله عنه على ان المكذب يشارك المصدق فيما اخذه ، ونص في الوارث الغائب اذا حضر لا يشارك الحاضر الذي حلف مع شاهد واحد في حصته[(١٥)] من الدين المدعى به .

وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج .

ومنهم من فرق بما هو ظاهر ، وهو ان الدين الذي للميت ليس

---

(١٠) س : انتزع منه ولي المحجور (بزيادة لفظة : منه) وهو اختيار محقق المطبوعة .
(١١) انظر المسألة في الام ٦/٢٤٥ .
(١٢) س : بأن هذه عينا (وهو تصحيف) .
(١٣) الزيادة من س ب .
(١٤) انظر هذه المسألة في مغني المحتاج ٤/٤٤٤ ، نهاية المحتاج ٨/٢٩٨ .
(١٥) تصحفت العبارة في س ب والمطبوعة الى : (مع شاهده واخذ حقه) وما اثبتناه عن الاصل .

بمتعين ، ولا يتعين[16] الا بتعيين المقبض ، فلا يشارك الغائب الحاضر فيما أخذه بتعيين المقبض ، بخلاف العين ، فان الآخذ مصدق بان عينها مشتركة بين الورثة كلهم • هـذا كله[17] اذا ثبت الدين بشهادة شاهد ويمـين حاضر ، مع غيبة أحد الورثة •

[قبض أحد الورثة نصيبه دون اذن]

[٥١٩] اما اذا مات رجل عن دين ، ومن عليه معترف به ، وكل الورثة حاضرون ، أو بعضهم حاضر ، وبعضهم غائب ، فلو قبض بعض الحاضرين نصيبه ، وهو قدر حصته من الدين[18] ، لا بأذن بقية[19] الورثة ان حضروا ، ولا باذن الحاكم ، فهل يشارك من لم يقبض من الحاضرين ، أو من الغائبين ، أو ولي المجنون والصبي [منهم][20] القابض فيما قبضه ؟ الذي يظهر لي انهم يشاركونه قولا واحدا •

[٥٢٠] وعندي ان الاصحاب اتفقوا على هذا أو اختاروه[21] ، مع ذكر خلاف فيه ، فعلى هذا اذا كان الورثة اثنين مثلا والدين الفا ، فقبض احدهما خمسمائة باتفاق منه ومن المدين [فحضر الغائب أو علم الحاضر الآخر الذي لم يقبض ، فهو بالخيار بين ان يأخذ من القابض نصف ما أخـذه ، ويبقى الباقي بينهما ، أو يستبد بأخذ الباقي من الدين][22]

(١٦) س : ولا يتعين المقبض الا بتعيين •
(١٧) س ب والمطبوعة : هذا كله فيما اذا ثبت •
(١٨) تصحفت لفظة (الدين) هنا في المطبوعة الى (المدين) •
(١٩) س ب والمطبوعة : لا بأذن بقية جميع الورثة •
(٢٠) الزيادة من س ب •
(٢١) في الاصل وفي نسخة س : واختاروه (بالواو) وما اثبتناه عن ب وهو اختيار محقق المطبوعة •
(٢٢) الزيادة من س ب •

ويملك القابض ما أخذه .

[٥٢١] نعم ههنا نظر : وهو ان الحاضر اذا احضر المدين الى الحاكم ، وطالبه [بحصته][٢٣] فاقر ، أو أقام عليه شاهدين ، وامره القاضي بدفع نصيبه[٢٤] اليه فدفعه اليه ، وبقية الورثة حاضرون ، لم يفعلوا شيئا من ذلك ، أو كانوا غائبين ، فاذا جرى الامر كذلك ، ثم أراد من كان حاضرا ولم يطلب ، أو من حضر بعد غيبته ان يشاركه فيما اخذ[٢٥] هل له ذلك ، والغرض انه قبض ذلك باذن الحاكم حصته ؟

هذا عندنا فيه نظر ظاهر لا يخفى تجاذب أطرافه .

* * *

(٢٣) الزيادة من س ب .
(٢٤) س ب والمطبوعة : بدفع حصته اليه فدفعها .
(٢٥) س والمطبوعة : اخذه .

الفصل الثامن

في الدعوى بحق الشفعة

[٥٢٢] الشفعة على مذهبنا[1] لا تثبت [٥٧/ب] الا في عقار محتمل للقسمة يجبر المطلوب الى القسمة عليها .

وعلة[2] ثبوت الشفعة دفع ضرار مؤونة القسمة .

هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه ، والعمل عليه ، فلا تثبت الشفعة عنده في الحمام الصغير والرحى الصغيرة والبئر والقنى والاسراب .

[٥٢٣] وقال ابن سريج : تثبت الشفعة في الحمام[3] والرحى والبئر والقنى والسرب وغيرها ، وان اتصفت بالصغر وتعذرت قسمتها ، قال : لأن الشفعة تثبت لضرر المداخلة على التأبيد ، فلا فرق فيه بين المنقسم وغير المنقسم .

[٥٢٤] ثم اختلف الاصحاب في المنقسم الذي تثبت فيه الشفعة قبل انقسامه ، والصحيح[4] انه الذي يبقى[5] فيه جنس منفعته التي كانت قبل القسمة بعد القسمة ، ولو على تضايق .

مثاله : الدار اذا قسمت تبقى بعد قسمتها دارا ينتفع بها بالسكنى ،

---

(١) انظر مذهب الشافعية في الشفعة : مختصر المزني ٣/٥٣ ، الام ٣/٢٣١ ، الروضة للنووي ٥/٦٩ ، مغني المحتاج ٢/٢٩٦ ، فتاوى ابن حجر الهيتمي ٣/١٠٥ ، نهاية المحتاج ٥/١٩٥ .

(٢) س : وعلى .

(٣) س : الحمام الصغيرة .

(٤) س ب والمطبوعة : فالصحيح .

(٥) س ب والمطبوعة : يبقى جنس .

وهـو جنس المنفعة التي كانت ، وان كانت على نوع تضايق ، وكذلك الحانوت والحمام الكبير والرحى الكبيرة[٦] .

ومن أصحابنا من قـال : المنقسم في باب الشفعة هـو الذي ينتفـع بالحصة المنقسمة[٧] منـه أي منفعـة كانت[٨] ولو للسكون[٩] ، ولا يشترط بقاء جنس المنفعة التي كانت ، وهذا بعيد .

وقيل : من شرطه ان تبقى المنفعة التي كانت وجنسها[١٠] لا على تضايق . وهذا لا يتأتى الا في دار فيحاء كبيرة ، أو أرض ممتدة ، وهو أبعد من الاول .

وقيـل : المنقسم شرطه ان لا تؤدى قسمته الى حطيطة كبيرة من القيمة[١١] : مثاله دار قيمتها[١٢] مائة ، فلو قسمت نصفين سوى كل نصف ثلاثين ، فهذا لا يقسم ، ولا تثبت فيه شفعة ، فلو كانت تساوى[١٣] مائـة ، ويساوى نصفها لو قسمت خمسين ، فينقسم[١٤] وتثبت فيـه الشفعة ، وكذا لو سوى النصف مثلا ثمانية وأربعين بنقص يسير يتغابن[١٥]

---

(٦) س ب والمطبوعة : الكبير .
(٧) س ب والمطبوعة : المقسومة .
(٨) س : على أي صفة كانت .
(٩) س ب والمطبوعة : السكون .
(١٠) س ب والمطبوعة : ان تبقى تلك المنفعة وجنسها التي كانت .
(١١) س ب والمطبوعة : الى حطيطة كثيرة في قيمته .
(١٢) س ب والمطبوعة : قيمة كلها مائة .
(١٣) س ب والمطبوعة : تساوي جميعها مائة .
(١٤) س : يقسم : وفي الاصل : فتقسم وما اثبتناه عن ب وهو مختار محقق المطبوعة .
(١٥) في الاصل : لا يتغابن (وهو سهو) .

بمثله[16] وهو درهمان أو ثلاثة • ومرد هذا الى العرف[17] • وهذا أيضا فيه بعد •

[٥٢٥] ولا فرق في آخذ الشقص بالشفعة بين ان يكـون الشقص المشفوع صار الى المأخوذ منه بشراء ، أو اجرة[18] منفعة عند مستأجر ، أو صداقا لزوجة في نكاح ، أو جعلته المرأة عوضا في خلع ، أو جعله مالكه عوضا في صلح من دم عمد ، أو جعله [٥٨/أ] الزوج متعة في طلاق ، فتثبت الشفعة[19] في جميع هذه الاعواض ، ولا يؤخذ اذا حصل عن هبة لا تقتضى ثوابا ، أو عن وصية ، أو ارث • وهذا ظاهر[20] •

ثم اعلم ان الكلام انما يقع في شراء الشقص فانه الغالب ، فان وقع العقـد بين المتبايعين بثمن معلوم ثبتت الشفعة على الفور ، وفيـه أقوال أخر[21] لا تفريع عليها •

[سعي الشفيع لطلب الشفعة واشهاده]

[٥٢٦] وعلى الشفيع ان يسعى اذا[22] بلغه الخبر الى المشتري باذلا

---

(١٦) ب : مثله •
(١٧) س ب والمطبوعة : للعرف •
(١٨) س ب والمطبوعة : او اجرة عن منفعة مستأجر •
(١٩) لفظة (الشفعة) سقطت من متن ب وثبتت في هامشها •
(٢٠) انظر هذه المسألة في مغني المحتاج ٢٩٨/٢ ، نهاية المحتاج ١٩٨/٥ ، روضة الطالبين للنووي ٧٨/٥ •
(٢١) ب والمطبوعة : أخرى •
(٢٢) ب س : (كما بلغه) ومعناه عند بلوغه الخبر ، قرأها محقق المطبوعة (لما بلغه) • وما اثبتناه عن الاصل •

للثمن[٢٣] الذي وقع العقد عليـه ، ويشهد على الطلب شاهدين ، اذا سمع ، وهم بالسعي الى المشتري •

فلو لم يشهد مع القدرة ، وسعى الى المشتري بنفسـه أو وكيله ، فالمذهب انه ليس بمقصر ، وفيه وجه •

ولو ترك السعي الى المشتري ، ومضى الى القاضي ، مع كونه اشهد على الطلب ، ومع قدرته على السعي الى المشتري ، ففيه[٢٤] خلاف •

وميل المراوزة الى انه مقصر كنظيره[٢٥] في العيب ، وميل غيرهم الى انه لم يقصر ، وهو الاظهر •

[التأخر عن الطلب لعذر]

[٥٢٧] ولو لم يَسْعَ بنفسه لا الى مشتر ، ولا الى حاكم ، وهو معذور بمرض أو حبس ، أو غيره ، لكنه قدر على التوكيل[٢٦] فلم يوكل ، فيه ثلاثة اوجه ، الاصح انه مقصر •

فان عجز عن التوكيل وعن السعي بنفسه ، وجب عليه أن يشهد على الطلب ، فان لم يفعل مع القدرة فقولان ، الأصح أنه مقصر •

ولو كان في الحمام ، أو في صلاة ، أو[٢٧] انتظار صلاة ، أو أكل معتاد لم يلزمه البدار بنفسه ، وقطع هذه الاشياء على الاصح ، فلو كان ملابسا لها وقدر على الاشهاد هل يلزمه الاشهاد ؟ فيه وجهان :

---

(٢٣) ب والمطبوعة : الثمن •

(٢٤) س ب والمطبوعة : فيه •

(٢٥) ب والمطبوعة : كنظره ، وهو تصحيف ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س •

(٢٦) في المطبوعة : على التوكل ، وهو خطأ مطبعي •

(٢٧) س والمطبوعة : أو في انتظار صلاة أو على أكل معتاد ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

ولو أخر السعي في موضع يجب عليه البدار ، وقال : انما اخرت ، لاني جهلت بطلان الحق بالتأخير ، فان كان مما يجوز ان يشتبه عليه مثل ذلك عذر ، ولم يجعل مقصرا ، وان كان ممن لا يجوز ان يخفى عليه مثل ذلك لم يقبل منه ، ويسقط حقه •

[دعوى الشفعة]

[٥٢٨] ثم اذا ترافع المشتري والشفيع الى عند الحاكم وحرر دعواه طالبا اخذ الشقص المشترى من يد المشتري ، وأتى بها على الوضع الشرعي ، فان اعترف المشتري بدعواه كلها المتضمنة شراء المشتري الشقص المعين من العقار الذي يمكن قسمته وتثبت الشفعة في مثله بالثمن المعلوم ، وعينه ، وانه شريك فيه ، وقد احضر الثمن فلا كلام ، يسلم الشفيع الى المشتري الثمن ، [٥٨/ب] ويتسلم منه الشقص ، ان سمح بالتقديم ، والا سلمه ، باذن الحاكم ، الى عدل [وتسلم الشقص][٢٨] وسلم[٢٩] العدل الثمن الى المشتري •

[انكار الدعوى]

[٥٢٩] وان انكر المشتري دعواه ، نظر : ان انكر الشراء فالقول قوله مع يمينه ، وعلى الشفيع البينة •

وان اعترف بالشراء ، وانكر ان يكون للشفيع[٣٠] في العقار الذي

---

(٢٨) الزيادة من س ب •
(٢٩) س : ويسلم •
(٣٠) في الاصل وفي س : الشفيع وما اثبتناه عن ب •

الشقص المشفوع من جملته ، جزء[٣١] منه ، فالقول قوله مع يمينه ، يحلف بالله تعالى انـه[٣٢] لا يعلم له فيه ملكا ، ولا يحلف على البت قولا واحدا •

فان اقام الشفيع البينة بملك جزء معين في العقار عمل بموجبها •

[الجهالة بالثمن]

[٥٣٠] وان اعترف له بالشراء والملك ، لكنه[٣٣] قال : الثمن الذي وقع عليه العقد كف[٣٤] من الدراهم مجهولة ، أو صبرة من الحنطة مجهولة ، أو عقد لؤلؤ من الجوهر[٣٥] ، نظر :

ان اعترف الشـفيع بذلك ، سقطت الشفعة على القـول الصحيح [المنصوص ، وكذا ان انكر الشفيع ذلك ، وشهدت بينة[٣٦] بحضوره[٣٧] العقد ، وانه وقع العقد على ثمن مجهول حسبما ادعاه المشتري ، سقطت الشفعة على الصحيح][٣٨] وهذا من باب الحيل المسلوكة في اسـقاط الشـفعة •

وقـال ابن سريج : لا تسقط الشـفعة بذلك ، بل يقال للشفيع :

---

(٣١) في الاصل وفي ب : وجزء (بالواو) وما اثبتناه عن س •
(٣٢) لفظة (انه) ليست في نسخة ب •
(٣٣) س والمطبوعة : ولكنه •
(٣٤) س والمطبوعة : الثمن الذي وقع عليه العقد كان مجهولا لكونه كفا من الدراهم •
(٣٥) س ب : من الجوهر مجهول نظـر ، وفي المطبوعة : من الجوهـر مجهولا نظر •
(٣٦) في المطبوعة بنية (بتقديم النون على الياء وهو تصحيف مطبعي) •
(٣٧) ب والمطبوعة : بحضور •
(٣٨) الزيادة من س ب •

سم[٣٩] في نفسك قدرا معلوما وادع الشفعة ، فاذا بينه ، فان قال المشتري كان أكثر ، فالقول قوله مع يمينه ، يحلف بالله تعالى انه اشتراه بأكثر مما سماه الشفيع ، ثم يقال للشفيع : زد في مقدار الثمن ، واعد الدعوى واعرض[٤١] اليمين على المشتري ٠

فان حلف زاد الشفيع قدرا آخر[٤٢] ٠

ولا يزال كذلك ، الشفيع يزيد قدرا يدعيه ، والمشتري يحلف بالله تعالى انه اشتراه بأكثر منه ، الى ان يعترف بما ادعاه ، أو ينكل ، فترد اليمين على الشفيع ، فيحلف انه اشتراه بالقدر الذي عينه آخرا ، ويأخذ[٤٣] الشقص به ٠

وهذا[٤٤] المذهب صار اليه بعد ابن سريج القاضي حسين[٤٥] ٠

وهو غلط غير معمول به ، لأن الشفيع اذا اعترف بما ادعاه المشتري من جهالة الثمن ، وان العقد وقع على مجهول ، لا يعلم قدره ، فكيف يسوغ ان يجوز له الكذب بتعيين قدر معين وقع العقد عليه ، مع اقراره بوقوع العقد على مجهول ؟ ام كيف يستجيز الشفيع[٤٦] ان يحلف

---

(٣٩) س ب والمطبوعة : خمن في نفسك ٠
(٤٠) س ب : ان ، وفي المطبوعة : بان ٠
(٤١) ب : وتعوض ، س : ويعرض ، وفي المطبوعة : وتعرض ، وما اثبتناه عن الاصل ٠
(٤٢) س : قدرا أكثر ٠
(٤٣) ذكر محقق المطبوعة : ان اللفظ في نسخة ب (أو يأخذ) وليس كما قال بل هو كما اثبتناه ٠
(٤٤) ب : وهو ٠
(٤٥) وذهب الى ذلك الخطيب الشربيني انظر مغني المحتاج ٢/٣٠٢ ٠
(٤٦) س : كيف تبيح للشفيع ٠

يمينا باتة[٤٧] ان العقد جرى على مائة مثلا عينها ، مع اقراره بوقوع العقد على كف مجهول من الدراهم[٤٨] ؟

وهذا مما يبعد جريان التحليف[٤٩] به ، بل يستحيل شرعا [٥٩/أ] وقوعه وقبوله ، فالوجه القطع بسقوط الشفعة اذا[٥٠] اعترف الشفيع بكون الثمن مجهولا ، وتعذر الاطلاع عليه بتلفه مثلا •

نعم لو قال المشتري : الثمن مجهول ، فقال الشفيع : كذبت[٥١] كان معلوما ، وعين قدره ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، يحلف بالله ان الثمن الذي اشترى به الشقص المشار اليه مجهول لا يعلم قدره •

[٥٣١] فان قال المشتري : كان الثمن معلوما ، لكنني[٥٢] نسيته ، فالمذهب انه يقنع منه بهذا الجواب ، ويحلف بالله انه[٥٣] لا يعلم قدره •

وقال ابن سريج : لا يقنع منه بهذا[٥٤] الجواب ، بل تعرض[٥٥] اليمين الباتة[٥٦] عليه ان الثمن لم يكن المائة التي عينها الشفيع مثلا ، فان اصر على قوله : لا أدري بل نسيت ، جعل ناكلا ، وحلف الشفيع ، ان الثمن كان مائة مثلا ، واخذ الشقص بها •

---

(٤٧) س : تامة •
(٤٨) س ب والمطبوعة : من الدراهم المجهولة •
(٤٩) س ب والمطبوعة : التكليف به •
(٥٠) س ب والمطبوعة : مهما اعترف •
(٥١) س : فكذبه الشفيع وقال بل كان معلوما •
(٥٢) س : لكن •
(٥٣) س ب والمطبوعة : ويحلف عليه بالله لا يعلم قدره •
(٥٤) س ب والمطبوعة : لا يقنع منه بهذا بل •
(٥٥) في المطبوعة : يعرض •
(٥٦) س : الثانية •

[٥٣٢] فلو ادعى الشفيع الشفعة(٥٧) و [طلب](٥٨) اخذ الشقص بها(٥٩) فقال المشتري : كان مجهولا لا اعلم قدره ، فقال الشفيع : انت تعلم قدره ، فبينه ، ولم يذكر الشفيع قدرا ، هل تسمع دعواه ؟

قال المتولي(٦٠) : المشهور سماع دعواه ، فاذا أجاب المشتري باني لا اعلم ، كان جوابا صحيحا ، ويحلف عليه ، قال(٦١) : وفيه وجه ان دعواه كذلك(٦٢) لا تسمع حتى يبين قدرا بعينه(٦٣) • ودليله انه لو أقر المشتري بالعلم لم يتوصل الشفيع الى حقه الا بدرجة أخرى لا يقدر عليها غيره ، وهو الاخبار عن المبلغ ، فلم يسمع •

وقال البغوي : هل تسمع دعوى الشفيع على المشتري ، بانه يعلم قدر الثمن اذا ادعى الجهل به ؟ فيه وجهان ، الاصح لا تسمع حتى يبين قدرا اشتراه المشتري به(٦٤) •

---

(٥٧) س وهامش ب والمطبوعة : بالشفعة •

(٥٨) الزيادة من س ومن هامش ب •

(٥٩) العبارة (فلو ادعى الشفيع الشفعة وطلب أخذ الشقص بها) سقطت من متن ب وثبتت على هامشها •

(٦٠) المتولي : واسمه عبدالرحمن بن مأمون بن علي بن ابراهيم أبو سعد النيسابوري الفقيه الشافعي صاحب « التتمة » على « ابانة » شيخه الفوراني ، ولم يتمها ، كان جامعا بين العلم والدين وحسن السيرة وتحقيق المناظرة ، وله يد في الاصول والفقه والخلاف تولى التدريس في نظامية بغداد بعد وفاة ابي اسحاق الشيرازي توفي سنة ٤٧٨هـ انظر طبقات السبكي ١٠٦/٥ رقم ٤٥٣ ، وفيات الاعيان ١٣٣/٣ رقم ٣٦٥ ، المنتظم ١٨/٩ ، العبر ٢٩٠/٣ ، طبقات ابن هدايةالله ٦٢ •

(٦١) س : وقال •

(٦٢) س : لذلك •

(٦٣) س : يعينه •

(٦٤) س ب والمطبوعة : حتى يبين قدرا ان المشتري اشتراه به •

[٥٣٣] وههنا مسألة حسنة يخلو معظم تصانيف الاصحاب عنها ، وهو ان الشفيع اذا ادعى الشفعة[٦٥] ، وعين قدرا وقع الشراء به[٦٦] ، فقال المشتري : لا اعلم قدر الثمن ، فشهد شاهدان انهما حضرا العقد بينهما ، وكان الثمن الف درهم معينة ، وكفا من الدراهم لا يعلمان[٦٧] قدرها ، لكنها دون العشرة يقيناً ، فقال الشفيع : انا أؤدي الفا وعشرة ، قال الشيخ الغزالي في فتاويه : اذا وزن الشفيع الفا وعشرة ، وجب تسليم الشقص اليه ، ولا يحل للمشتري قبض تمام العشرة ، وعليه ان يقتصر على القدر الذي سلمه الى البائع . هذا جوابه .

وعندي انه وقوع[٦٨] في مذهب ابن سريج ، فان المشتري يقول : الثمن مجهول لا اعرفه ، فكيف[٦٩] يلزم بقبض قدر معين ، امكن ان يكون أكثر من الثمن ، فعليه منة في قبضه ، وهو يقول : لا أدري كميته ، ويمكن صدقه ، [٥٩/ب] ولا يقدر على قبض كله ؛ لاحتمال انه [أكثر من الثمن][٧٠] ، ولا يمكنه تنقيص قدر معلوم ، لأن تنقيص المعلوم من المجهول لا يصير المجهول معلوما .

ثم في قبول هذه الشهادة نظر ظاهر ، لانها شهادة بمجهول[٧١] من وجه ، وفي قبول مثلها خلاف ، كما اذا قال الغاصب : قيمة المغصوب

---

(٦٥) ب والمطبوعة : بالشفعة .

(٦٦) س ب والمطبوعة : وقع شراء المشتري به .

(٦٧) س : لا يعلم .

(٦٨) س والمطبوعة : انه وقع في .

(٦٩) في الاصل : فكيف لم يلزم نقص ، وما اثبتناه عن س ب .

(٧٠) العبارة في الاصل : لاحتمال انه انقص ولا يمكنه تنقيص .. وما اثبتناه عن ب س .

(٧١) ب : لمجهول .

مائة ، فشهد شاهدان ان قيمته أكثر من مائة ، ولم يذكرا القدر الزائد ، فهل[٧٢] تقبل شهادتهما ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما تقدم[٧٣] .

وكذلك[٧٤] في مسألتنا تخرج على هذين الوجهين .

ولو ساغ[٧٥] فتح هذا الباب ، وقبول الشهادة فيه على ما ذكره ، لم يبق للشراء بصبرة مجهولة من الدراهم فائدة في دفع الشفعة .

اذ ما من كف من الدراهم ، أو صبرة لطيفة الا ويمكن الشهادة بانها كانت تزيد على مائة درهم ، وتنقص مثلا عن عشرة آلاف ، فلو شهد بذلك شاهدان أو زادا[٧٦] مثلا الى قدر يعلم قطعا ان الصبرة لم تبلغ اليه ، وعينوا في طرف القلة قدرا علم قطعا انها كانت أكثر منه ، فلو سمعت هذه الشهادة فقال الشفيع : انا ابذل[٧٧] هذا القدر الذي ذكره الشاهدان ، ان الصبرة تنقص عنه قطعا ، ايقال انه يأخذ الشقص بالشفعة ويلزم[٧٨] المشتري بأخذ جميع الدراهم .

كلا لسنا نسلم ذلك ، ولا نجوزه .

ثم ما الذي يقال للمشتري بعد ذلك ، خذ من الدراهم كذا وكذا ، وهو يقول : لا أعلم شيئا ، ولا اخمّن قدرا ، ولا أدري قدر ما اديته ، فهذا فيه احتمال ظاهر .

---

(٧٢) س ب والمطبوعة : هل .
(٧٣) مر ذلك في الفقرة ٢٥٨ .
(٧٤) س ب والمطبوعة : فكذلك .
(٧٥) ب والمطبوعة : شاع .
(٧٦) س : وزادا ، وقد سقطت لفظة (مثلا) من س ب والمطبوعة .
(٧٧) س : اترك .
(٧٨) س : ويلزم الشفيع بأخذ جميع الدراهم (كذا) .

وهـذا من لطيف الفقه ودقيق البحث والنظر فليفهم ، والله تعـالى المسؤول التوفيق والعصمة بمنه[٧٩] ولطفه . وفي كتاب الشفعة مسائل حسنة ، تتعلق بشهادة البائع للمشتري وللشفيع ، [وشهادة بعض الشركاء لبعض ، واختلاف يقـع بين الشفيع][٨٠] والمشتري في العفو وغـيره ، لا يتسع هذا الكتاب المختصر الموضوع لغيرها لذكرها ، فليطلب ذلك من موضعه ان شاء الله تعالى .

* * *

[يتلوه في الجزء الثاني الباب الرابع في الشهادات]

---

(٧٩) قوله : (بمنـه ولطفه ..) الى آخر الفقرة في هذا الباب سقط من س .

(٨٠) الزيادة من ب .

فهرس موضوعات هذا الجزء[1]

(١) سنلحق الفهارس التفصيلية بآخر الجزء الثاني بعون الله ٠

١ ـ فهرس القسم الدراسي

الموضـــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

٢ ـ فهرس القسم التحقيقي

الموضـــوع	الصفحة

الموضــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة
اختلافهم في عد الثبوت حكما	٤٠٦
ما ينبني على هذا الخلاف	٤٠٧
الاحكام التي لا يدخلها النقض	٤١٠
الفصل السابع : في أن حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي عليه عندنا	٤١٦
١ ـ في الفروج والنسب	٤١٦
٢ ـ القضاء في المجتهدات	٤١٧
أصل الخلاف هل كل مجتهد مصيب	٤١٩
مسائل من القضاء في المجتهدات	٤٢٢
الفصل الثامن : في التحكيم	٤٨٢
جواز التحكيم ونفاذه	٤٢٨
لزوم الحكم في التحكيم	٤٢٩
هل للمحكم أن يحبس المقر أو يوقع العقوبة عليه ؟	٤٣٠
شروط المحكم	٤٣٠
حكم المحكم لوالده أو ولده وحكمه على عدوه	٤٣١
اقتصار حكم المحكم على المتحاكمين فقط	٤٣٢
الفصل التاسع : في حكم الحاكم بعد عزله وحكم نوابه وسماع شهادته على فعل نفسه	٤٣٤
حكم الحاكم بعد عزله	٣٤٣
حكم نوابه اذا انعزل	٤٣٥
سماع شهادته على فعل نفسه	٤٣٥

الموضـــــوع	الصفحة

الموضــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة